Richterliches Prüfungsrecht nach dem Rechte des Reichs und der wichtigeren Länder.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Bruno Freiherr von Brackel

Referendar

aus Kassel.

Marburg 1936

Druck von Oscar Heinze, Buchdruckerei und Verlagsanstalt

Liegnitz, Ritterstraße 24.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät Marburg am 11. Juli 1934 angenommen.

Berichterstatter: Professor Dr. Dr. Genzmer.

Inhalt:

Die Arbeit wurde im Juni 1934 abgeschlossen.

Schrifttum:

Adamovich: Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof. Leipzig und Wien 1923.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar, 13. Auflage, Berlin 1930.

Anschütz: Besprechung von Nawiasky: Bayerisches Verfassungsrecht. Verwaltungsarchiv Bd. 30 S. 342 ff.

Arndt: Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat. 7. Aufl., Berlin 1911.

Arndt: Haben die Gerichte die Befugnis, die materielle Gültigkeit der Reichsgesetze nachzuprüfen? Recht 1920 Sp. 105 ff.

Arndt: Die Verfassung des Freistaates Preußen vom 30. 11 1920. Berlin und Leipzig 1921.

Bendix: Recht und Pflicht des Richters zur Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen nach der Weimarer Verfassung. Juristische Wochenschrift 1924 S. 527 ff.

Bendix: Neuere Gesetzgebung wider Treu und Glauben. Deutsche Juristenzeitung 1924 Sp. 864 ff.

Bornhak: Preußisches Staatsrecht. 2. Aufl., Breslau 1911.

Bornhak: Die preußische Verfassung. Berlin 1921.

Bühler: Sind die ordentlichen Gerichte verpflichtet, verfassungswidrige Gesetze anzuwenden?

Deutsche Juristenzeitung 1921 Sp. 580 ff.

Bülow: Gesetz und Richteramt. 1885.

Casper: Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen. Ungedr. Jenaer Dissertation 1925.

Frhr. v. Freytagh-Loringhoven: Die Weimarer Reichsverfassung in Lehre und Wirklichkeit. München 1924.

Friedrichs: Der allgemeine Teil des Rechts. Berlin und Leipzig 1927.

Gerber: Gesetz und Verfassung. Zeitschrift für Ostrecht III. Jahrgang 1929 S. 1 ff.

Gierke: Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtwissenschaft. Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft. 1883 S. 1097 ff.

Gierke: Deutsches Privatrecht Bd. 1.

Görres: Besteht ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsquellen? Juristische Wochenschrift 1924 S. 1564 ff.

Hatschek: Deutsches und Preußisches Staatsrecht. 1. und 2. Band. Berlin 1922/23.

Hatschek: Das preußische Verfassungsrecht. 1924.

Huber: Die Verfassung des Freistaates Preußen vom 30. 11. 1920. Berlin, Leipzig, Mannheim 1921.

Huber: Die Totalität des völkischen Staates. „Die Tat", April 1934, S. 30 ff.

Jellinek, G.: Gesetz und Verordnung. Freiburg 1887.

Jellinek, W.: Die Weimarer Reichsverfassung, verglichen mit den Verfassungen Nordamerikas und der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Handbuch der Politik, 3. Bd. 3. Aufl., S. 10 ff. 1921.

Jellinek, W.: Verfassungswidrige Reichsgesetze. Deutsche Juristenzeitung 1921 Sp. 753 ff.

Jellinek, W.: Das Märchen von der Überprüfung verfassungswidriger Reichsgesetze durch das Reichsgericht. Juristische Wochenschrift 1925 S. 454 ff.

Jellinek, W.: Revolution und Reichsverfassung. Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 1920 S. 1 ff.

Jung, E.: Im Archiv für Wirtschaftsphilosophie Bd. 22, S. 248.

Kelsen: Allgemeine Staatslehre. Berlin 1925.

Kelsen: Über Staatsunrecht, Grünhuts Zeitschrift Bd. 40.

Klee: Die richterliche Prüfung von Gesetzen. D.R.Z. 1924 Sp. 149 ff.

Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Tübingen 1911. 5. Auflage.

Linck: Die richterliche Prüfung von Reichsgesetzen nach Reichsrecht. Marburger Dissertation 1930.

Manigk: Savigny und der Modernismus.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 1. Leipzig 1914. 2. Auflage.

Montesquieu: Esprit des lois. Paris 1862.

Morstein Marx: Art. 13 Abs. 2. und der Streit um die richterliche Prüfungszuständigkeit. Archiv für öffentliches Recht, Neue Folge Band 6.

Morstein Marx: Variationen über die richterliche Prüfungszuständigkeit. Berlin 1927.

Münz: Fehler des Gesetzgebungsverfahrens. Berlin 1934.

Nawiasky: Bayerisches Verfassungsrecht, München und Leipzig 1923.

Nawiasky: Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts. Deutsche Juristenzeitung 1923 Sp. 40.

Nützenadel: Der heutige Stand der Frage der Überprüfbarkeit von Gesetzesbeschlüssen des Reichstags auf ihre Verfassungsmäßigkeit. Ungedr. Jenaer Dissertation 1925.

Oertmann: Rechtsordnung und Verkehrssitte.

Poetzsch-Heffter: Handkommentar der Reichsverfassung v. 11. 8. 1919. 3. Aufl. Berlin 1928.

Radbruch: Richterliches Prüfungsrecht? Die Justiz Bd. 1.

Rümelin: Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts. Rede, Tübingen 1922.

Schack: Die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung. Berlin 1918.

Schack: Die Frage des richterlichen Prüfungsrechts von Gesetz und Verordnung während der Umwälzung bis zur Nationalversammlung und im künftigen Verfassungsrecht. Annalen des Deutschen Reichs 1919/20 S. 285 ff.

Schack: Zur richterlichen Prüfung der Rechtmäßigkeit der Gesetze und Verordnungen im neuen Reichs- und preußischen Staatsrecht. Archiv für öffentliches Recht Bd. 41. S. 163 ff.

Schmitt, Carl: Verfassungslehre. München und Leipzig 1928.

Schmitt, Carl: Der Hüter der Verfassung. 1931.

Schmitt, Carl: Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis. Deutsches Recht Nr. 7 (15. Dezember 1933).

Schön: Verwaltungsarchiv Band 28, S. 28.

Sonderland: Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen und Verordnungen nach Reichs- und preußischem Staatsrecht. Kölner Dissertation 1932.

Stier-Somlo: Kommentar zur Verfassung des Freistaates Preußen vom 30. 11. 1920. Berlin 1921.

Stier-Somlo: Besprechung von Schack. Archiv für öffentliches Recht. Band 42 S. 105 ff.

Stier-Somlo: Die verfassungsmäßigen Rechte des preußischen Staatsrats und die Folgen ihrer Nichtbeachtung. Archiv für öffentliches Recht. Bd. 42, S. 129 ff.

Theisen: Verfassung und Richter. Archiv für öffentliches Recht. Neue Folge Bd. 8, S. 257 ff.

Thoma: Das richterliche Prüfungsrecht. Archiv für öffentliches Recht. Band 43, S. 267 ff.

Triepel: Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung. Archiv für öffentliches Recht. Bd. 39, S. 456.

Vogels: Die preußische Verfassung. Berlin 1921.

Waldecker: Die Verfassung des Freistaates Preußen vom 30. 11. 1920. Berlin 1921.

Walz: Staatsrecht.

Wolgast: In den Annalen des Deutschen Reichs 1921/22, S. 330 Anm. 2.

Berichte und Protokolle des 8. Ausschusses der Nationalversammlung zur Beratung einer neuen Reichsverfassung.

Entwurf eines Gesetzes über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts. Reichstag, 3. Wahlperiode Nr. 2855.

Entwurf eines Gesetzes über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts. Reichstag, 4. Wahlperiode, Nr. 382

Entscheidungen der Gerichte.

A. Einleitung.

Entstehung und Aufbau der Arbeit.

Die Grundlagen dieser Arbeit entstanden in einer Zeit, in der eines der größten Ereignisse in das deutsche Staatsgefüge wie überhaupt alle unsere Lebensgebiete einzugreifen begann, das die Geschichte des Reiches der Deutschen kennt, die deutsche Revolution des Jahres 1933; in einer Zeit also nicht nur ständigen Werdens neuen Rechtes, sondern auch des Durchbruchs neuer grundsätzlicher Anschauung vom Wesen des Staates, einer neuen Staatsgesinnung. Die ungeheure Tragweite der Ereignisse, die seit dem 30. Januar 1933 deutsche Geschichte geworden sind, ruht heute bereits im Allgemeinbewußtsein unseres Volkes, und zu ihrer Kennzeichnung wollen wir nur die juristisch vielleicht eindrucksvollste Tatsache heranziehen, daß diese Revolution sogar den Begriff der Revolution revolutionierte. Denn: eine „legale Revolution" ist für den bis dahin gültigen Revolutionsbegriff eine contradictio in adjecto, eine Sinnwidrigkeit, und doch nennt heute auch der zünftige Staatsrechtler die Vorgänge des Vorjahres eine Revolution.

Wir haben dies vorausgeschickt, um die Schwierigkeiten zu kennzeichnen, die sich in der Gegenwart jeder Bearbeitung eines staatsrechtlichen Themas entgegenstellen und die darin liegen, daß der staatsrechtliche status des Dritten Reiches wohl der Intention nach, aber doch längst nicht der konkreten Gestalt nach bereits vorliegt.

Die Arbeit befaßt sich also im wesentlichen noch mit dem staatsrechtlichen Zustand, der durch die Weimarer Reichsverfassung und die ihr entsprechenden Verfassungen der einzelnen Länder in Deutschland gegeben war.

Auf dieser Grundlage versucht sie darzustellen, daß ein Recht des Richters, Rechtsnormen auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin nachzuprüfen, kraft Gewohnheitsrechts für den Bereich des deutschen Staatsrechts sich entwickelt hat.

Sie hat ferner, unter Ablehnung aller anderen Untersuchungswege, mit Hilfe der juristisch-politischen Methode dieses Ergebnis bestätigt gefunden. Dem Ergebnis dieser zweiten Untersuchungs-

weise kommt allerdings, soweit man die teleologische Rechtsfindung auch als selbständige Rechtsquelle in Betracht ziehen will, aktuelle Bedeutung nicht mehr zu, da die Voraussetzungen, unter denen diese Methode eben dieses Ergebnis brachte, zum großen Teil nicht mehr bestehen. Es behält aber auch diese Untersuchung insofern eine Bedeutung, als sie das in der Weimarer Ordnung entstandene Gewohnheitsrecht eben unter deren Voraussetzungen stützen kann.

Somit zeigt sich die Berechtigung einer so eingehenden Betrachtung eines großen Teils überholten Rechtszustandes auch im gegenwärtigen Zeitpunkt; denn die Frage des richterlichen Prüfungsrechts war seit Gründung des Bismarckreiches bis in die letzten Tage des Weimarer Zwischenreiches hinein lebhaft umstritten, und es muß daher, ehe man die jüngste staatsrechtliche Entwicklung in Betracht zieht, erst einmal erkannt werden, ob die nationalsozialistische Revolution hier überhaupt einem Problem oder nicht bereits einem gelösten Problem, einer Norm, gegenüber getreten ist. Wir wollen das letzte annehmen, und das wird uns — zumindest im Ausgangspunkt — von der Mehrzahl der anderen unterscheiden, die früher das Prüfungsrechtsproblem behandelt haben, wenn sie ihm heute erneut entgegentreten, auch von solchen unterscheiden, die das Prüfungsrecht in der Weimarer Ordnung bejaht haben, denn, da wir die Verfassung nicht als unmittelbaren Geltungsgrund angenommen haben, ist auch ihr Schicksal für unseren Standpunkt noch nicht das des Prüfungsrechts. Aufrechterhaltung oder Abschaffung des Prüfungsrechts ist vielmehr dann ein Sonderproblem, und die Frage des Fortbestandes der Reichsverfassung berührt uns nur insoweit, als klarzustellen ist, ob und inwieweit sie noch Maßstab der Rechtmäßigkeit von Normen sein kann.

Damit glauben wir den Aufbau der Arbeit und ihren inneren Zusammenhang kurz aufgezeigt zu haben: Geschichte eines Problems — seine Entscheidung — und wiederum deren Geschichte.

B. Hauptteil.

I. Teil: Grundsätzliches zum Richterlichen Prüfungsrecht.

Das richterliche Prüfungsrecht ist eine Erscheinung des Rechtslebens, die ihr Dasein nicht erst jeweils dem einzelnen positiven Staatsrecht verdankt, sondern die als eines der großen Probleme der allgemeinen Staats-, ja vielleicht einer allgemeinen Rechtslehre anzusehen ist[1])[2]). Die Richtigkeit dieser Anschauung findet, obwohl sie im einschlägigen Schrifttum nur selten zu Wort kommt, doch ihre Bestätigung in den Beweisführungen und der methodischen Behandlung nahezu aller das Thema behandelnder Schriftsteller.

Jeder Betrachtung des richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen eines positiven Staatsrechts hat daher eine Erörterung dessen voranzugehen, was, abgezogen vom Einzelstaatsrecht, über diese Rechtserscheinung ausgesagt werden kann.

1. Inhalt des Begriffes.

Inhalt des Begriffes ist, auf die allgemeinste Formel gebracht, die Befugnis des Richters, Rechtsnormen auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu prüfen. Kriterium der Rechtmäßigkeit ist — zumindest im Rahmen des positiven Rechtes — die Wahrung verfassungsrechtlicher Vorschriften[3]).

2. Bemerkung zur Terminologie.

Die gebräuchlichste Terminologie „richterliches Prüfungsrecht" ist nicht erschöpfend. Sie erweist sich dann als unzureichend, wenn man an den Begriff nicht vom Standpunkt der richterlichen Gewalt, sondern von dem der Allgemeinheit herangeht, weil es sich von diesem Standpunkt aus als eine Pflicht des Richters darstellt, nur gültige Rechtsnormen anzuwenden, und die Frage

---

[1]) Hieraus folgt noch nicht mit Notwendigkeit, daß es Bestandteil jedes Staatsrechts sein müßte.

[2]) Vgl. dazu: Friedrichs, Der allgem. Teil des Rechts.

[3]) Bei Rechtsnormen minderen Ranges ist Kriterium auch die ranghöhere.

nach der Rechtmäßigkeit einer Rechtsnorm ja gleichzeitig, wie später näher darzulegen ist, die Frage nach ihrer Existenz in sich birgt. Mit größerer Berechtigung könnte man daher ein zwischen Recht und Pflicht neutrales Wort, wie etwa „Prüfungszuständigkeit“[4]), verwenden. Es soll jedoch an der herrschenden Bezeichnung festgehalten werden, weil der Gesichtspunkt des Rechts den der Pflicht überwiegt.

3. Subjekte der Prüfung.

Um einen vollständigen Überblick über die mit dem richterlichen Prüfungsrecht schlechthin verbundenen Vorstellungen zu gewinnen, muß ferner auch die Frage gestreift werden, wem das Prüfungsrecht, als dessen Inhalt wir die bejahende oder verneinende Feststellung der Rechtmäßigkeit von Rechtsnormen gekennzeichnet haben, zuzumessen ist. Grundsätzlich ist hierzu zu sagen, daß nicht nur der Richter, sondern jeder, den die Rechtsnormen angehen, sich davon überzeugen kann, ob sie rechtmäßig sind. Denn nur dann treten sie dem Richter wie jedem Staatsbürger mit dem Anspruch gegenüber, überhaupt Rechtsnormen zu sein. Jedoch hat der einzelne Staatsbürger nicht die Möglichkeit, von sich aus dem Ergebnis seiner Prüfung wirksam Ausdruck zu verleihen. Dies ist ihm vielmehr nur über den Richter möglich. Es fehlt also seinem Prüfungsrecht die zwar nicht unbedingt notwendiger-, aber doch regelmäßiger Weise zum Begriff eines Rechts gehörige Durchsetzbarkeit. Dies gilt gleichermaßen für den Verwaltungsbeamten, dessen Prüfungsrecht durch eine dienstliche Anweisung, die durchaus zulässig sein kann, illusorisch gemacht werden kann. Infolgedessen ist von wissenschaftlichem Interesse hauptsächlich die Prüfungsbefugnis des Richters. Nur ihr kann man auch mit genügender Berechtigung die Bezeichnung „Recht“ beilegen.

4. Objekte der Prüfung.

Nach den Subjekten haben wir uns den Objekten der Prüfung im Einzelnen zuzuwenden. Aus unserer Definition folgen als Gegenstände der Prüfung die Rechtsnormen. Uneingeschränkt gilt das Prüfungsrecht sicher gegenüber dem Gewohnheitsrecht[5]); desgleichen gegenüber den äußeren Formalien: Ausfertigung und Verkündung. Das eigentliche und umstrittene Gebiet des Problems beginnt erst bei den beiden anderen Formen der Rechtsnormen: den Gesetzen und Verordnungen. Kaum noch umstritten und von der herrschenden Meinung dem Richter zugebilligt, ist

---

[4]) Wolgast: Annalen des Deutschen Reiches 1921/22 S. 330 Anm. 2, und Morstein Marx: Arch. öff. R. N. F. 6 S. 218 Anm. 1.

[5]) Vgl. Stier-Somlo: Arch. öff. R. Bd. 42 S. 186.

die Prüfungsbefugnis gegenüber einzelstaatlichem Recht auf Übereinstimmung mit dem Recht des übergeordneten Bundesstaates. Nahezu das Gleiche gilt wohl gegenüber den Verordnungen[6]. Sofern gesetztes Recht Gegenstand der Prüfung ist, wird in der Wissenschaft häufig eine Aufspaltung nach zwei Richtungen, in eine formelle und eine materielle, vorgenommen. Unter den formellen Erfordernissen faßt man die Wahrung aller der Bestimmungen zusammen, die den Gang der Gesetzgebung regeln[7]; also: Gesetzesbeschluß, etwa vorgeschriebene qualifizierte Mehrheit, Einspruch oder Zustimmung anderer Gesetzgebungsfaktoren, Ausfertigung und Verkündung. Hingegen stellt sich als materielles Erfordernis die inhaltliche, sachliche Übereinstimmung mit den Bestimmungen der Verfassung dar. Diese Unterscheidung hat, obwohl es zweifelhaft ist, ob sie bis zur letzten Konsequenz aufrecht erhalten werden kann, doch eine erhebliche methodische Bedeutung. Sofern die Unterscheidung im Verlauf der Arbeit nicht hervorgehoben wird, umfaßt die Untersuchung das totale Prüfungsrecht.

5. Wirkung der Prüfung.

Schließlich kann auch bezüglich der Grenzen der Auswirkung des Prüfungsrechts etwas über das einzelne Staatsrecht hinaus Gültiges gesagt werden. Sofern nämlich das Verfassungsrecht nicht ausdrücklich dem Ergebnis der richterlichen Prüfung Gesetzeskraft zuspricht[8], kann der Richter die Verfassungswidrigkeit einer Rechtsnorm nur incidenter und mit der Wirkung feststellen, daß die Anwendung der Rechtsnorm in dem Einzelfalle, der seiner Prüfung zu Grunde lag, unterbleibt.

II. Teil: Das richterliche Prüfungsrecht nach Reichsrecht (auf der Grundlage des Staatsrechts der Reichsverfassung vom 11. August 1919).

1. Untersuchung des Vorhandenseins eines Prüfungsrechts überhaupt.

A. Feststellung des Mangels einer ausdrücklichen Regelung.

Nachdem wir im ersten Teil über die Tragweite des richterlichen Prüfungsrecht als Rechtsbegriff Klarheit gewonnen haben, ist nunmehr das Staatsrecht des Deutschen Reichs auf seine Stellungnahme zu ihm zu untersuchen.

---

[6]) Vgl. Teil II, Ziff. 2.
[7]) Meist „verfassungsmäßiges Zustandekommen" genannt.
[8]) Wie z. B. Ausführungsgesetz zu Art. 13, Abs. 2 R. V.; auch das amerikanische Verfassungsrecht.

Wir wollen dabei zunächst die Frage nach einem Prüfungsrecht schlechthin stellen und uns erst später der Gestaltung im Einzelnen zuwenden. Diese Untersuchungsweise rechtfertigt sich aus der Tatsache, daß die Reichsverfassung vom 11. 8. 1919 keine positive Bestimmung aufweist, die ein richterliches Prüfungsrecht ausschließlich zugestände oder ausschlösse[9]).

Wir sind daher auf die Auslegung und andere Mittel zur Erforschung der Stellungnahme der Verfassung beschränkt.

B. Auseinandersetzung mit der Lehre von der Ausfertigung als einer unwiderlegbaren Vermutung.

Dies nötigt dazu, sich zunächst mit einer Lehre auseinanderzusetzen, die, ihre Richtigkeit unterstellt, ein richterliches Prüfungsrecht ausschließt. Es ist dies die von Laband[10]) begründete Lehre von der Ausfertigung und Verkündung. Diese Lehre gelangt zum Ausschluß der Prüfungsbefugnis von der Behauptung her, die Ausfertigung durch das Staatsoberhaupt begründe eine unwiderlegbare Vermutung für die Verfassungsmäßigkeit des ausgefertigten Gesetzes. Sie ist entstanden im Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie und erscheint auch nur von hier aus verständlich. Ausgangspunkt der Labandschen Lehre ist die von ihm erstmalig vorgenommene systematische Gliederung des Entstehungsvorganges eines Gesetzes in vier Abschnitte: die Feststellung des Gesetzesinhaltes, die Sanktion, die Promulgation (Ausfertigung) und die Verkündung. In den beiden ersten Etappen wurde das Gesetz nicht nur beschlossen, sondern es wurde ihm auch schon der Gesetzesbefehl erteilt. Gesprochen hatten dann bereits Parlament und König, als die wesentlichen Träger der gesetzgebenden Gewalt im konstitutionellen Staat. Überträgt nun die Verfassung dem König über diese Mitwirkung hinaus noch die Ausfertigung[11]), so muß, so schloß Laband, diesem Akte eine ganz besondere Bedeutung zuzumessen sein. Dieser Schluß ist um so bestechender, als tatsächlich die Notwendigkeit der Ausfertigung durch das Staatsoberhaupt anderweit nicht ganz zufriedenstellend zu begründen ist. Denn, wenn man auch, was sicher zutreffend ist, den Ausfertigungsakt als die authentische Beurkundung des Gesetzeswortlauts ausdeuten, ihm also eine dem Urmeter als dem ein für alle Mal maßgebenden Vorbild unseres Längenmaßes vergleichbare Funktion zusprechen will, so bleibt doch die Tatsache der Zuweisung dieses Aktes gerade an

---

[9]) Auch das Verfassungsrecht im weiteren Sinne gibt keinen Aufschluß.

[10]) Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. 2 S. 13 und S. 42 ff.

[11]) Die Übertragung der Verkündung erschien als Krönung eines schon eigentlich fertigen Gesetzes zu Rückschlüssen ungeeignet.

das Staatsoberhaupt auffällig. Im Sinne dieser Ausdeutung würde es näher liegen, die Ausfertigung etwa dem Präsidenten des Parlamentes zu übertragen, was für die Verkündung als einem sachlich nicht mehr legislativen Akt nicht zutreffen würde. Insofern kann es immerhin verständlich erscheinen, wenn Laband die Ausfertigungsbefugnis dahin auslegen will, daß dem Herrscher das Recht gegeben sei, mit der Wirkung einer präsumptio iuris et de iure die Verfassungsmäßigkeit des auszufertigenden Gesetzes zu beurteilen, womit die Nachprüfung von anderer Seite überflüssig und unzulässig wäre.

Den Nachweis für diese Behauptung hat Laband jedoch nicht erbracht. Zwar ist zuzugeben, daß tatsächlich eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzesbeschlusses vorgenommen wird, auch daß, wie angedeutet, in der Ausfertigung eine Beurkundung des Gesetzesinhaltes zu sehen ist. Dies rechtfertigt aber noch keineswegs die Annahme einer bindenden Feststellung der Verfassungsmäßigkeit. Eine derartige Feststellungswirkung eignet nur gerichtlichen Urteilen[12]). Auch eine Analogie aus dem Prozeßrecht, wie sie von Georg Jellinek[13]) versucht wird, ist mangels der Voraussetzung der Gleichheit des Rechtsgedankens abzulehnen. Denn es ist für die Ausfertigung als Urteil nicht die gleiche Notwendigkeit der Beständigkeit zu erweisen, wie sie die Rechtssicherheit für das gerichtliche Urteil fordert. Endlich ist gegen die Labandsche Lehre zu sagen, daß die Verfassung eine so weittragende Bedeutung der Ausfertigung eindeutig hätte feststellen müssen. Man wird richtiger Weise von ihr nicht mehr übernehmen dürfen, als daß die Ausfertigung eine — widerlegbare — Vermutung zugunsten der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsnorm enthalte. Damit entfällt aber die Möglichkeit, auf ihr fußend zum Ausschluß des Prüfungsrechts des Richters zu gelangen, denn eine widerlegbare Vermutung hat nicht den Charakter einer bindenden Feststellung.

Für das Weimarer Verfassungsrecht wurde diese Lehre in der Hauptsache von Anschütz[14]) und Hatschek[15]) übernommen, die der Ausfertigung ebenfalls die Wirkung der unwiderlegbaren Vermutung zusprechen wollen. Als ihr scharfer Gegner behauptet Triepel[16]), daß ein solcher Versuch eine ganz offene petitio principii darstelle. Von den Gegnern seien ferner noch Frhr. v. Frey-

[12]) Schack: Die Prüfung der Rechtmäßigkeit, S. 185.
[13]) Gesetz und Verordnung, S. 401 ff.
[14]) Kommentar zur R. V. Art. 70 Anm. 3, S. 322.
[15]) Deutsches und Preußisches Staatsrecht II S. 96.
[16]) Arch. öff. R. Bd. 39, S. 536.

tagh-Loringhoven[17]), Morstein Marx[18]), Poetzsch-Heffter[19]) und Thoma[20]) genannt. Sie treten mit der berechtigten Behauptung auf, daß die Anhänger der bekämpften Lehre einen Beweis für ihre Behauptung nicht erbracht hätten.

C. Schlußfolgerungen aus dem Schweigen der Verfassung.

Von der Feststellung aus, daß die Ausfertigung nicht geeignet ist, ein richterliches Prüfungsrecht von vornherein auszuschließen, wenden wir uns mangels einer ausdrücklichen Vorschrift anderen juristischen Erkenntnismitteln zu und werfen zunächst die Frage auf, ob sich aus dem Schweigen der Verfassung Schlüsse für oder gegen das Prüfungsrecht gewinnen lassen. Bezeichnend für den Wert — oder richtiger Unwert — dieser Schlußfolgerungen ist schon die Tatsache, daß sie sowohl im Sinne der Anhänger wie auch der Gegner des Prüfungsrechts gezogen werden.

Im Sinne der Bejahung des Prüfungsrechts wollen u. a. Adamovich[21]) und Bühler[22]), allerdings ohne dies überzeugend oder auch nur eingehend zu begründen, den Mangel einer Regelung durch die Verfassung gewertet wissen.

Allein dieser Schluß ist ebenso ungewiß und ungeeignet, das Prüfungsrecht als Institut unseres Verfassungsrechts zu kennzeichnen, wie der gegenteilige, der von Schack[23]) und Arndt[24]) gezogen wird, weil die Verfassung schweige, bekunde sie den Ausschluß des Prüfungsrechts.

Richtigerweise wird man aus dem „Schweigen" der Verfassung wohl nur den Schluß ziehen dürfen, daß eben die Frage vom Verfassungsgesetzgeber offen gelassen ist. Zudem liegt hier einer der in der Rechtswissenschaft nicht seltenen Fälle vor, daß die gleiche Tatsache mit gleich großer oder geringer Berechtigung zur Grundlage einer Analogie und eines argumentum e contrario gemacht werden kann. Diese Erscheinung kennzeichnet beide Schlüsse als nicht beweiskräftig.

D. Betrachtung der Entstehungsgeschichte.

Wir müssen ferner auch die Entstehungsgeschichte der Verfassung daraufhin untersuchen, ob sich aus ihr Anhaltspunkte für die verfassungsrechtliche Regelung unserer Frage gewinnen lassen.

---

[17]) Die Weimarer Reichsverfassung S. 240.
[18]) Variationen S. 80.
[19]) Handkommentar Art. 70 Anm. 3, S. 310.
[20]) Arch. öff. Recht, Bd. 43, S. 270.
[21]) Die Prüfung der Gesetze . . . S. 1 ff.
[22]) D. J. Z. 1921 Sp. 580.
[23]) Annalen des Deutschen Reiches 1919/20, S. 296.
[24]) Recht 1920 Sp. 109.

Indessen ergibt sie nur, was wir im vorigen Abschnitt schon feststellten, daß man nämlich in der Frage des Prüfungsrechts keine Entscheidung hat finden können. Es ist lediglich in einem Antrag[25]) versucht worden, dem Staatsgerichtshof die Zuständigkeit zur Nachprüfung der Übereinstimmung von Gesetzen mit dem Staatsgrundgesetz zu übertragen und zwar in der Weise, daß dann eine incidente Prüfung des Richters ausgeschlossen sein sollte. Jedoch hat dieser Antrag keine Mehrheit gefunden.

E. Durch Auslegung der Verfassung gewonnene Gesichtspunkte.

Wir wenden uns nunmehr solchen Lösungsversuchen unseres Problems zu, die unmittelbar an einzelne Bestimmungen der Verfassung anknüpfen wollen.

Ein solcher Anknüpfungspunkt ist Art. 13 Abs. 2 der Reichsverfassung. Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut: „Bestehen Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine landesrechtliche Vorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar ist, so kann die zuständige Reichs- oder Landeszentralbehörde nach näherer Vorschrift eines Reichsgesetzes die Entscheidung eines obersten Gerichtshofs des Reichs anrufen." Aus ihr werden Schlüsse im Sinne der Bejahung wie auch der Verneinung der Prüfungsbefugnis gezogen, und zwar mit Hilfe eines Umkehr- oder eines unmittelbaren Schlusses.

Arndt[26]) will aus der Tatsache, daß diese Bestimmung nur den Fall eines Widerspruchs zwischen Landesnorm und Reichsnorm trifft, schließen, daß eine richterliche Prüfung der Übereinstimmung zwischen Reichsnorm und der Reichsverfassung unzulässig sei.

Im Gegensatz zu ihm meint Gerber[27]), Art. 13 Abs. 2 regele nur e i n e n Fall der Nachprüfung, was praktische Gründe veranlaßt hätten, und im übrigen sei die Zulässigkeit sonstiger Nachprüfung vorausgesetzt.

Beide Argumentationen erscheinen jedoch nicht ausreichend, um ein totales Prüfungsrecht anzunehmen oder abzulehnen[28]). Einmal ist gegen sie die bereits erwähnte Tatsache anzuführen, daß man in Weimar einer Entscheidung offenbar bewußt ausgewichen ist. Aber auch wenn man zugeben wollte, daß dieser Einwand keine überzeugende Widerlegung bringe, so wird doch weiterhin ganz deutlich, daß es sich bei Art. 13 um eine vorwiegend aus bundesstaatlichen Rücksichten getroffene Bestimmung

---

[25]) Nr. 273, Berichte und Protokolle, S. 483 ff.
[26]) Recht 1920 Sp. 108.
[27]) Zeitschrift für Ostrecht, S. 15 ff.
[28]) Vgl. auch Morstein Marx: Arch. öff. Recht N. F., Bd. 6, S. 222.

handelt, die dem Reich, ähnlich wie das Aufsichtsrecht, eine Handhabe bieten sollte, sich gegen reichsfeindliche Länderpolitik zu schützen. Daß dies das Wesen des Art. 13 Abs. 2 ist, geht sowohl aus dem ihm vorhergehenden Abs. 1 („Reichsrecht bricht Landrecht“) wie auch der Einfügung dieser Vorschrift in den Abschnitt „Reich und Länder“ hervor, und daraus ergibt sich weiter, daß eben für die Fälle eines Widerspruchs Landesnorm — Landesverfassung oder Reichsnorm — Reichsverfassung als internen Konflikten je eines in sich geschlossenen Staatsapparates aus Art. 13 nichts zu entnehmen ist.

Häufig wird ferner in der Literatur der Versuch gemacht, aus dem Grundsatz der Unabhängigkeit des Richters, der im Art. 102 der Reichsverfassung neu verankert wurde, Beweise für die Frage der Prüfungsbefugnis zu entnehmen, und zwar auch hier nach beiden Richtungen. Hier lassen sich beide Auffassungsgruppen weitgehend auf einen Nenner bringen.

Die bejahende Richtung, zu der Frhr. v. Freytagh-Loringhoven[29], Nawiasky[30], Poetzsch-Heffter[31] und Stier-Somlo[32] gehören, kommt durch folgende Gedankenreihe zur Annahme des Prüfungsrechtes: Die Unterworfenheit des Richters gelte nur gegenüber der Rechtsnorm, die mit Recht den Anspruch erheben könne, Rechtsnorm zu sein, und diesen Anspruch habe daher der Richter, bevor er sie zur Anwendung bringe, festzustellen, widrigenfalls er nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht versäume.

Während diese Richtung also das Schwergewicht des Satzes: „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen“ auf dem Begriff des Gesetzes ruhen läßt, rücken die Gegner, vor allem Anschütz[33], den Begriff der Unterworfenheit in den Vordergrund und behaupten: da der Richter dem Gesetz unterworfen sei, umfasse seine Prüfungsbefugnis nur die Ausfertigung und Verkündung, als die Akte, die dem Gesetz erst den Weg in die Außenwelt öffnen.

Beide Argumentationen werden hier Opfer ihrer unklaren Fragestellung. Beide „Beweise“ bleiben Postulate, solange nicht eine Entscheidung in der grundlegenden Frage getroffen ist, welches denn die Folge der Verfassungswidrigkeit der Rechtsnorm sei. Sind die Begriffe „Verfassungsmäßigkeit“, „Gültigkeit“, „Verbindlichkeit“ inhalts- und vor allem wirkungsgleich, oder liegt hier an irgendeiner Stelle noch ein sachlicher Unterschied? Nun kann diese Frage, wenn sie auch, wie man aus den angezoge-

---

[29]) Die Weimarer Reichsverfassung S. 277/78.
[30]) D. J. Z. 1923 Sp. 41.
[31]) Handkommentar Art. 70, Anm. 3, S. 310.
[32]) Arch. öff. Recht Bd. 42, S. 106.
[33]) Komm. Art. 102 Anm. 3, S. 416.

nen Beweisführungen sieht, nicht ausgesprochen sein muß, doch logisch nicht übergangen werden, will man zu einem der oben genannten Ergebnisse gelangen, und infolgedessen läßt sich auch die in ihr gefällte Entscheidung nachträglich aus den Ergebnissen der divergierenden Gruppen ablesen, indem nämlich die erste die Frage verneint, die zweite sie bejaht hat. Allein an dieser entscheidenden Stelle läßt man auf beiden Seiten die Beweise vermissen. Es wird weder von den Anhängern des Prüfungsrechts die Richtigkeit noch von den Gegnern die Unrichtigkeit einer Gleichung: Verfassungswidrigkeit = Nichtigkeit dargetan, und in der Tat läßt sich auch die Entscheidung hierüber aus den die Unabhängigkeit des Richters festsetzenden Vorschriften nicht gewinnen, wenn man nicht ein Postulat durch ein anderes beweisen will. Der in dieser Kontroverse unbestrittene Satz: Keine Anwendung einer nicht existenten Rechtsnorm! enthält allein noch keine Stellungnahme zu dieser Gleichung, weil es denkbar und in die Gedankenreihe der zweiten Gruppe wohl auch einzuschieben ist, daß Vrfassungswidrigkeit — zumindest nicht in jedem Falle — mit Nichtigkeit inhaltsgleich sei, sondern, daß zwischen diese beiden Begriffe noch ein weiterer, wie etwa „Fehlerhaftigkeit", zu setzen sei, der eine der Anfechtbarkeit im Zivilrecht ähnliche Rolle zu spielen hätte.

Schließlich hat man auch noch den Artikel 178 der Reichsverfassung herangezogen, um Folgerungen für das Prüfungsrecht zu gewinnen.

Diesem Versuch gegenüber ist, wie er auch im Einzelnen modifiziert sein mag, stets auf die Tatsache hinzuweisen, daß diese Verfassungsvorschrift lediglich einen Rechtssatz sich zu eigen macht, der auch ohne ausdrückliche Aufnahme der Verfassung immanent sein würde, weil er im Rechtsleben allgemein anerkannt ist. Der zu Rückschlüssen herangezogene Teil dieser Vorschrift (Satz 1 des Absatzes 2) lautet nämlich „Die übrigen Gesetze und Verordnungen des Reichs bleiben in Kraft, soweit ihnen diese Verfassung nicht entgegensteht." Mithin handelt es sich lediglich um den Satz: „Lex posterior derogat legi priori", woraus die Unzulässigkeit, aus dieser Bestimmung Schlüsse für unsere Frage zu ziehen, ohne weiteres erhellt. Eine nähere Untersuchung dieser Schlüsse, die teils zur Annahme[34]), teils zur Ablehnung[35]) der Prüfungsbefugnis gelangen, erscheint daher entbehrlich.

Wir glauben damit alle Möglichkeiten und die im Schrifttum gemachten Versuche erschöpft zu haben, durch Auslegung von Ver-

[34]) Bendix: Jur. Woch. 1924, S. 527 ff. D. J. Z. 1924, Sp. 864 ff.
Görres: Jur. Woch. 1924, S. 1566.
Theisen: Arch. öff. Recht, N. F. Bd. 8, S. 272.

[35]) Klee: D. R. Z. 1924 Sp. 149 ff.

fassungsvorschriften die Lösung des Prüfungsrechtsproblems herbeizuführen. Keiner dieser Wege führt zu einem annehmbaren Ergebnis.

Eine abschließende Bewertung dieser Lösungsversuche führt zu einem ähnlichen Ergebnis, wie es auch zu C gefunden wurde: Die Unzulänglichkeit aller dieser angeblichen Geltungs- oder Ausschlußgründe offenbart sich schon in der Tatsache, daß Anhänger wie Gegner des Prüfungsrechts aus ein und derselben Vorschrift als Ausgangspunkt doch sich gegenseitig ausschließende Folgerungen ziehen. Logischer Weise können nicht beide Folgerungen richtig sein. Und wenn, wie in unseren Fällen doch beide in gleicher Weise schlüssig zu sein scheinen, so muß, wie das ja die Untersuchung auch bestätigt hat, entweder dem Ausgangspunkt mehr entnommen, als in ihm enthalten, oder sonst etwas ohne Begründung vorausgesetzt sein.

F. Beweisführungen mit Mitteln der allgemeinen Staatslehre.

Nachdem die Verfassungsauslegung versagt hat, ist zu prüfen, ob unser Problem mit den Mitteln der allgemeinen Staatslehre gelöst werden kann, von denen das Prinzip der Gewaltenteilung und Folgerungen aus einer etwa anzunehmenden verfassungsgebenden Gewalt Anhaltspunkte zu bieten scheinen.

Das Prinzip der Gewaltenteilung, das in der staatsrechtlichen Literatur hauptsächlich von Montesquieu in seinem Werk „l'esprit des lois" herausgestellt wird, enthält die Forderung, daß die Staatsgewalt durch ein System dreier von einander unabhängiger, ranggleicher Gewalten, der gesetzgebenden, richterlichen und vollziehenden Gewalt ausgeübt werden müsse. Es erschöpft sich aber nicht in dieser statischen Aufteilung staatlicher Tätigkeit, sondern gewinnt, wie auch bei Montesquieu schon durchaus erkenntlich, seinen Sinn erst in der dynamischen Vorstellung eines labilen Gleichgewichts dieser drei Gewalten mit der Folge eines dauernden anregenden und hemmenden Einwirkens aufeinander. An diesem zweitgenannten Merkmal hat sich auch die Aufnahme dieses Prinzips in die Verfassungen der neueren Rechtsstaaten ausgerichtet, weil mit ihm erst die Voraussetzung für die Vereinbarkeit des Gewaltenteilungsprinzips mit den praktischen Bedürfnissen eines Staatsrechts gegeben ist.

In diesem Zusammenhange wird sich die Frage erheben, inwieweit das Gewaltenteilungsprinzip durch das zu untersuchende Verfassungsrecht überhaupt verwirklicht wurde, denn davon würde die Bedeutung dieses Prinzips für unsere Frage erst abhängen. Eine Entscheidung dieser Frage erscheint aber deshalb entbehrlich, weil wir uns ohnehin mit Untersuchungen zu befassen haben, die teils ein der strengen Theorie entsprechen-

des Gewaltenteilungsprinzip zu Grunde legen, teils aber auch Modifizierungen durch die Verfassung in den Kreis der Betrachtungen ziehen.

Schack[36]) hält es für richtig, unter der Voraussetzung der Verwirklichung der reinen Gewaltenteilung seitens der Verfassung die Bejahung des richterlichen Prüfungsrechtes anzunehmen, wenn er auch mit dieser Voraussetzung nicht einverstanden ist, denn „dann würde der Satz gelten, daß keine Gewalt die Akte der anderen anzuerkennen brauchte. Gewalten, die einander gleichstehen, haben einander nichts zu befehlen." Diese Auffassung übersieht die Tatsache, daß der Gewaltenteilungslehre bereits im Montesquieuschen Sinne sehr wohl auch eine dynamische Seite abzugewinnen ist, mit dem Inhalt einer gegenseitigen Kontrolle der drei Gewalten, womit ihre gleichberechtigte Stellung doch sehr wohl vereinbar ist. Im übrigen ist mit dem Schackschen Satz, will er nicht die Gewaltenteilungslehre in einem das Staatsgefüge überhaupt auflösenden, nihilistischen Sinne verstehen, und will er nicht dem doch mit der Gewaltenteilungslehre vereinbaren Satz von der Nichtigkeit verfassungswidriger Normen entgegentreten, noch nichts für die Frage gewonnen, welcher der drei Gewalten die Feststellung der Verfassungswidrigkeit staatlicher Rechtsetzungsakte zugewiesen sei.

Auch Arndt[37]), der tatsächlich von einer reinen Gewaltenteilungslehre seinen Ausgangspunkt nimmt, kommt nicht zu dem von Schack unter dieser Voraussetzung angenommenen Ergebnis.

Schack selbst, der eine Modifizierung im Sinne einer organisatorischen Funktionenteilung voraussetzt[38]), kommt zur Verneinung des Prüfungsrechts[39]). Zugegeben, daß der Verfassung nur eine Funktionenteilung innewohne, kann doch die Annahme, daß im Rahmen dieses Systems die Gesetzgebung, d. h. der Träger der Legislativgewalt, den beiden anderen Funktionen übergeordnet sei[40]), nicht eingeräumt werden. Für diese Annahme ist auch ein schlüssiger Beweis bei ihm nicht zu finden. Eine Verfassungsvorschrift, die der Gesetzgebung diese Stellung zuwiese, ist nicht vorhanden und aus der Verfassung läßt sich höchstens eine Überschneidung der Kompetenzen, nicht aber ein Vorrang erweisen. Auch ist die Argumentation Schacks in sich nicht schlüssig. Auch Schack fußt auf der nicht zu bestreitenden These von der Einheit

---

[36]) Die Prüfung . . ., S. 87.

[37]) Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, Anm. 8 zu Art. 106. (Wegen der grundsätzlichen Bedeutung auch für das Reichsrecht angezogen).

[38]) Die Prüfung . . ., § 8, S. 76 ff.

[39]) Vgl. auch Schack: Arch. öff. R., Bd. 41, S. 163.

[40]) Schack: Die Prüfung . . ., S. 118.

der Staatsgewalt, ja stellt diesen Gedanken, indem er von der „Gewaltenteilung“ zur „Funktionenteilung“ übergeht, besonders heraus. Die These von der Überordnung der gesetzgebenden Gewalt könnte aber Zweifeln an der Richtigkeit dieses Gedankens Raum geben.

Es gibt zwei Möglichkeiten: Entweder: Die Gesetzgebung bildet kraft ihrer höchsten Stellung den Staatswillen allein, denn sie vermag den Willen der anderen zu bestimmen. Dies ist nicht Schacks Auffassung. Oder: Die staatliche Willensbildung ist das Ergebnis der Willensbildungen der drei Faktoren in toto. So will es Schack: „Aber erst die Totalität der Willensbildung aller Faktoren ergibt die Totalität der Willensbildung des Staates.“ Dann aber handelt es sich um gleichgeordnete Organe, denn nur von diesem Standpunkt aus bleibt die durchaus richtige Behauptung Schacks berechtigt, daß jeder Faktor in der ihm zuerkannten Sphäre den Staatswillen bilde. Diese These entzieht der von der Höherstellung der Gesetzgebung den Inhalt. Nicht jeder Akt der Staatswillensbildung verlangt notwendiger Weise die Mitwirkung aller drei Faktoren. Im Falle eines gerichtlichen Urteils vollzieht die richterliche Gewalt die Bildung des Staatswillens, und in diesem Falle war eben sie der entscheidende und höchste Faktor, obwohl die Voraussetzung dieser Tätigkeit von der Gesetzgebung und die Wirkung von der Vollziehung abhängt. Aber den Staatswillen bildete das Gericht, und diesem Staatswillen kann kein anderer übergeordnet sein, oder es ist nicht der Staatswille. Der Satz von der Totalität des Willens des Staates als dem Ergebnis der Totalität der Willensbildung aller Faktoren gilt dessen ungeachtet, weil er die umfassende Vorstellung von der Summe aller denkbaren Willensakte des Staates zum Inhalt hat, die Totalität des staatlichen Lebens.

Die Behauptung von der übergeordneten Stellung der Gesetzgebung hat allenfalls auf einer ganz anderen Ebene einige Berechtigung, indem man nämlich sagt, Rechtssetzung sei mehr als Rechtsanwendung. Damit wäre aber nur eine Bewertung der Tätigkeit, nicht der Machtstellung der Gewalten gegeben und die Unterscheidung wäre für unseren Zusammenhang bedeutungslos.

Mit dieser grundlegenden These entfallen aber auch die Schlußfolgerungen Schacks im Sinne der Verneinung des richterlichen Prüfungsrechts, die übrigens nur der materiellen Seite gilt.

Es scheint so, daß die Lehre Schacks, zu deren Ergebnis auch Jellinek[41]) gelangt, bei der Behandlung der Gewaltenteilung die Begriffe Unabhängigkeit und Gleichordnung zu identifizieren trachtet. Seine Funktionenteilung fußt ja auf der Erkenntnis,

---

[41]) Jahrbuch d. öff. R. 1920, S. 108 ff. D. J. Z. 1921 Sp. 743.

daß eine restlose Unabhängigkeit der drei Funktionsträger nicht durchgeführt sei. Damit ist aber noch nichts gegen eine Gleichordnung gesagt.

Wir haben also gesehen, daß uns das Prinzip der Gewaltenteilung kein Mittel an die Hand gibt, mit dem ein richterliches Prüfungsrecht zu begründen oder abzulehnen wäre.

Nicht ohne einen gewissen Zusammenhang mit ihm wird in unserer Frage auch mit der Lehre von einer gesonderten verfassungsgebenden Gewalt operiert, indem behauptet wird, aus dem Vorhandensein einer solchen Gewalt folge mit logischer Notwendigkeit ein Prüfungsrecht des Richters. Einige Schriftsteller, unter ihnen Anschütz[42]) und Jellinek[43]), gelangen daher, indem sie, da nach der Verfassung Gesetz- und Verfassungsgesetzgeber identisch seien, von einer verfassunggebenden Gewalt nicht reden wollen[44]), zum Ausschluß der Prüfungsbefugnis. Jedoch ist der Ausgangspunkt dieser Schriftsteller nicht richtig. Bestände wirklich eine logische Abhängigkeit des Prüfungsrechts vom pouvoir constituant, so könnte nicht eine gegenteilige Regelung in manchen Ländern, wie etwa der Schweiz[45]), Bestand haben. Es mögen verfassungsgebende Gewalt und Prüfungsrecht regelmäßig zusammentreffen, notwendig ist dies aber nicht. Diese Auffassung wird auch von einer Reihe von Schriftstellern[46]) ohne Rücksicht auf die eigene Stellungnahme bekämpft. An dieser Stelle wird bei vielen Verfassern die Frage erörtert, ob die Verfassung dem Gesetz gegenüber einen höheren Rang einnehme oder ihm gleichzustellen sei. Wir werden diese Frage in einem anderen Zusammenhang genauer prüfen[47]).

Alle bisher behandelten Versuche, der Lösung des Prüfungsrechtsproblems näher zu kommen, fanden ihren Ausgangspunkt entweder in der Verfassung selbst, arbeiteten also mit dem Mittel der Auslegung, oder in allgemein-staatsrechtlichen Grundsätzen, die aber dann als der Verfassung innewohnend vorausgesetzt wurden. Diese Versuche lassen sich zusammenfassen unter dem Oberbegriff einer logisch-juristischen Methode. Wenn auch keiner von ihnen eine u. E. brauchbare Lösung gebracht hat, so können wir doch als das Ergebnis unserer Untersuchung festhalten, daß

---

[42]) Komm. Art. 70, Anm. 4.

[43]) D. J. Z. 1921, Sp. 753.

[44]) Im Gegensatz dazu nimmt Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 21, 75 ff. eine verfassungsgebende Gewalt an.

[45]) Vgl. Jellinek: Handbuch der Politik, Bd. 3, S. 16. Er nimmt allerdings die Abhängigkeit an.

[46]) Vgl. Bendix: Jur. Woch. 1924, S. 527.
Thoma: Arch. öff. R., Bd. 43, S. 271.
Hatschek: Deutsches und preußisches Staatsrecht, Bd. 1, S. 27.

[47]) Vgl. den Abschnitt H.

das Weimarer Verfassungsrecht das Prüfungsrecht jedenfalls nicht ausgeschlossen hat.

G. Untersuchung gewohnheitsrechtlicher Anerkennung des Prüfungsrechts (insbesondere der Rechtsprechung der höchsten Gerichte).

Es ist somit notwendig, nunmehr zu einer Untersuchungsweise überzugehen, die ihren Ausgangspunkt von außerhalb der Verfassung liegenden Erscheinungen her nimmt.

Da mit der Untersuchung der Verfassung die Rechtsquelle des gesetzten Rechts bereits erschöpft ist, haben wir festzustellen, ob sich etwa gewohnheitsrechtliche, das Prüfungsrecht erfassende Rechtssätze gebildet haben.

Da zumindest nicht unbestrittenermaßen die Bildung von Gewohnheitsrecht auf allen Rechtsgebieten zulässig ist, muß zunächst festgestellt werden, welcher rechtlichen Disziplin wir das Prüfungsrecht zuzurechnen haben. Es kann indessen diese Feststellung wohl ohne Bedenken dahin getroffen werden, daß die Materie dem Staatsrecht im engeren Sinne angehört. Dies hat wohl angesichts der behandelten Argumentationen als einmütige Ansicht der Wissenschaft zu gelten.

Ebenso bietet wohl die weitere Vorfrage keine Schwierigkeit, ob im Bereich des Staatsrechts im engeren Sinne die Entstehung gewohnheitsrechtlicher Normen für zulässig zu halten ist. Die Bejahung dieser Frage darf wohl, wie auch Schön[48]) bemerkt, als die allgemein herrschende Auffassung gelten. Diese Entscheidung dürfte etwa durch den Hinweis, daß in England nahezu das gesamte Verfassungsrecht gewohnheitsrechtlicher Rechtsquelle entstammt, vollends zweifelsfrei werden[49]).

Wenden wir uns nun den Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts zu, so finden wir als im Einzelnen nur modifizierte Grundforderungen zwei Tatsachen: eine regelmäßige tatsächliche Übung des zum Rechtssatz hinstrebenden Vorgangs von einer gewissen Dauer und die Überzeugung der am Vorgang Beteiligten, daß es sich um Recht handele. Daß die Rechtsüberzeugung zur Vollendung des Gewohnheitsrechts sich noch nicht dem ganzen Volk mitgeteilt zu haben braucht, kann als anerkannt gelten[50]). Ein Streit über die notwendige Dauer ist u. E. müßig, denn als Maßstab dieses Faktors hat der andere zu gelten. Sofern sich die Überzeugung durchsetzen konnte, war eben die Dauer ausreichend,

[48]) Verw. Arch., Bd. 28, S. 1 ff.

[49]) Vgl. Walz: Staatsrecht, S. 232.

[50]) Vgl. z. B. Rümelin: Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts, Tübingen 1927, S. 19, 23, 31, 47.

wie umgekehrt sie es nicht war, wenn die Überzeugung nicht Fuß faßte.

Als unterstützende Momente der Gewohnheitsrechtsbildung pflegen in der Literatur die wissenschaftliche Meinung und der Gerichtsgebrauch, auch feststehende Rechtsprechung genannt, in Betracht gezogen zu werden.

Die Meinung, daß der Gerichtsgebrauch auch selbständig imstande sei, Gewohnheitsrecht hervorzubringen, wird in der Wissenschaft nur wenig vertreten[51]). Die meisten Schriftsteller wollen ihn nur in Verbindung mit anderen Erfordernissen zum Gewohnheitsrecht werden lassen. Eine erschöpfende Behandlung der in dieser Frage einschlägigen Literatur muß hier entbehrt werden. Es kann hier nur auf einige Schriftsteller wie Gierke[52]), Otto Mayer[53]), Schön[54]), Bülow[55]), Manigk[56]) und Oertmann[57]) verwiesen werden, denen jedenfalls das gemeinsame Merkmal zukommt, daß sie den Gerichtsgebrauch nicht ohne Einschränkung als Rechtsquelle gelten lassen.

Wir konnten uns mit einer kurzen Mitteilung dieser Kontroverse begnügen, weil u. E. dem Gerichtsgebrauch im Rahmen der Erörterung einer gewohnheitsrechtlichen Begründung des richterlichen Prüfungsrechts eine grundsätzlich andere Bedeutung zukommt als bei sonstiger Bildung von Gewohnheitsrecht, wie unten näher ausgeführt wird.

Ein spezieller Versuch, an das Prüfungsrecht von der Basis des Gewohnheitsrecht her heranzugehen, ist, soweit wir sehen können, bisher nicht unternommen worden, denn die Versuche, die in der unten behandelten konstanten Rechtsprechung der höchsten Gerichte eine „rechtschaffende Entscheidung eines hinausschiebenden Verfassungskompromisses“[58]) sehen, verzichten ja bewußt auf eine gewohnheitsrechtliche Konstruktion[59]), weil es sich für sie ja um eine politische Entscheidung handelt. Auch die Verfasser, die behaupten, die Entscheidung über das richterliche Prüfungsrecht hänge von der Rechtsprechung selbst ab[60]), bewegen sich doch in einer anderen Richtung.

---

[51]) Dafür E. Jung, Arch. f. Rechts- und Wirtsch. Philos, Bd. 22, Seite 248.
[52]) Deutsches Privatrecht.
[53]) Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 24.
[54]) Verw. Arch., Bd. 28, S. 28.
[55]) Gesetz und Richteramt.
[56]) Savigny und der Modernismus, S. 120—123.
[57]) Rechtsordnung und Verkehrssitte, S. 17.
[58]) Vgl. dazu Linck, Die richterliche Prüfung.
[59]) Linck, a. a. O., S. 73.
[60]) Vgl. Casper, S. 62.
Nützenadel, S. 54 (zit. bei Linck, S. 73).

Wie wir meinen, ist aber eine gewohnheitsrechtliche Konstruktion sehr wohl anwendbar, nur müssen die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts entsprechend der Eigenart unseres Gegenstandes modifiziert werden.

Zu wiederholen ist, daß an dem Ausgangspunkt, daß das Staatsrecht der Gewohnheitsrechtsbildung nicht verschlossen ist, kein Zweifel erlaubt ist. Wenden wir nun die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts auf unseren Gegenstand an, so werden wir mit Notwendigkeit zu der bereits angedeuteten Stellung des Gerichtsgebrauchs geführt. Diese liegt darin, daß er für das richterliche Prüfungsrecht anstatt der sonst ihm zukommenden sekundären Rolle die primäre der tatsächlichen Übung selbst übernimmt. Denn worin sollte für unsere Frage ein zum Rechtssatz tendierender Vorgang überhaupt erblickt werden können, wenn nicht in der Rechtsprechung selbst? Worin sollte eine dauernde Übung überhaupt erkannt werden können, wenn nicht in der Addition für das richterliche Prüfungsrecht ergebnisgleicher Urteile? Es erscheint, wenn man sich diese Fragen vorlegt, ohne weiteres einleuchtend, daß in unserem Falle der Gerichtsgebrauch die erste Voraussetzung des Gewohnheitsrechts erfüllt. Einwände hiergegen werden sich kaum ergeben können, sofern man nur die staatsrechtliche Gewohnheitsrechtsbildung anerkennen will.

Auch die zweite Voraussetzung, die Rechtsüberzeugung, muß angesichts unseres Problems etwas anders gefaßt werden, als dies sonst geschieht.

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß die sogenannte Beteiligtenüberzeugung für ausreichend zu halten ist. Linck[61]) behauptet, ohne dies näher zu begründen, daß für die Annahme gewohnheitsrechtlicher Anerkennung eines richterlichen Prüfungsrechts „die überwiegende Rechtsüberzeugung noch nicht völlig zweifelsfrei sei." Ganz abgesehen von der Tatsache, daß diese Ablehnung recht vorsichtig gefaßt ist, erscheint sie als nicht durchschlagend, weil sie von einem unrichtigen Ausgangspunkt herkommt[62]). Selbst wenn, worauf diese Bemerkung offenbar abzielt, Maßstab der Rechtsüberzeugung der Stand der wissenschaftlichen Meinung sein soll – denn eine erkennbare Volksüberzeugung wird sich für unseren Gegenstand, der für die Funktionen

[61]) Linck a. a. O., S. 73.

[62]) Die Meinung Lincks scheint vorzuherrschen. Es ist dies aus dem sonst nicht recht erklärlichen Umstand zu schließen, daß das viel umstrittene und von den verschiedensten Ausgangspunkten her behandelte Prüfungsrechtsproblem bisher unseres Wissens unter dem Gesichtspunkt des Gewohnheitsrechts nicht untersucht wurde. Jedenfalls findet sich nirgends eine systematische Untermauerung eines solchen Lösungsversuches, was um so auffälliger ist, als der Gesichtspunkt, wie die unten behandelte Rechtsprechung ergibt, doch sehr nahe liegt.

staatlicher Organe nicht aber im Leben des Volkes eine Rolle spielt, kaum bilden können — so wird man sagen können, daß die Anhänger des Prüfungsrechts die Gegner zum mindesten zahlenmäßig beträchtlich überwiegen[63]).

Indessen erscheint dies auch vom Standpunkt der Beteiligtenüberzeugung aus nicht als der entscheidende Gesichtspunkt.

Als Beteiligte erscheinen in der Weimarer Ordnung beim Prüfungsrecht auf der einen Seite die Organe der richterlichen, auf der anderen die der gesetzgebenden Gewalt; denn gerade eine, wie wir feststellten, anderweitig nicht geregelte, Beziehung zwischen diesen beiden steht ja in Frage. Die Rechtsüberzeugung dieser beiden ist also in allererster Linie entscheidend. Nur in zweiter Reihe kann die Überzeugung anderer Kreise, hauptsächlich also der Wissenschaft, herangezogen werden, wobei dann, wie hinzuzufügen ist, die Art und Weise der Begründung der Stellungnahme zum Prüfungsrecht gleichgültig bleibt. Stellen wir also die übereinstimmende oder auseinandergehende Rechtsüberzeugung der beiden Faktoren fest, so ist damit auch eine Entscheidung über ein gewohnheitsrechtliches Prüfungsrecht getroffen, unter Mitberücksichtigung selbstverständlich auch der ersten Voraussetzung, des tatsächlichen Vorgangs.

Aus der Natur der Sache ergibt sich, daß die erste Voraussetzung, die durch den Gerichtsgebrauch dargestellte tatsächliche Übung, mit der Überzeugung der richterlichen Gewalt zusammenfällt. Praktisch beschränken sich also die Voraussetzungen der Gewohnheitsrechtbildung auf Gerichtsgebrauch nebst gleicher Rechtsüberzeugung der gesetzgebenden Gewalt.

Zur Feststellung des letztgenannten Faktors ist ebenfalls noch ein theoretisches Wort zu verlieren. Es kann hier eine Parallele zu den Theorien über die Gesetzesauslegung gezogen werden. Ähnlich wie man auf diesem Gebiet die Theorie, die als Ziel der Auslegung die Feststellung des „Willens des Gesetzgebers" setzte, zu verlassen begonnen hat und, da im Weimarer Staat an der Gesetzgebung eine Vielzahl physischer Willen beteiligt ist, dazu übergegangen ist, nach dem objektivierten Sinn, nach dem, was vernünftiger Weise mit dem Gesetz beabsichtigt sein konnte, zu forschen, wird man auch bei unserer Feststellung weniger nach der subjektiven Auffassung und Äußerungen einzelner Gesetzgebungsorgane oder gar Teilen von ihnen, die ja auch infolge des bislang herrschenden parlamentarischen Regierungssystems und des Wahlsystems kaum die nötige Kontinuität zeigen können, sondern nach einer objektivierten und generalisierten Gesamthaltung zu suchen haben. Eine solche Handlung ist zweifelsfrei festgestellt, wenn die

---

[63]) Vgl. Anschütz: Kommentar der Reichs-Verf., S. 217; auch die Aufstellung bei Sonderland: a. a. O., S. 28—31.

Gesetzgebung gehandelt hat. Es lassen sich aber auch dann Schlüsse auf ihre Haltung ziehen, wenn die Gesetzgebung, ohne daß außerhalb ihrer selbst liegende Schwierigkeiten erkennbar sind, eine Regelung unterläßt. Alsdann kann man ihr Nichthandeln nur als Billigung einer Maßnahme auffassen, die sie zu verhindern imstande wäre. Damit ist aber dem Erfordernis ihrer Rechtsüberzeugung Genüge getan.

Somit haben wir auch die zweite Voraussetzung der Gewohnheitsrechtbildung für unsere Frage einer allerdings den Grundgedanken unverändert lassenden und daher berechtigten Modifizierung unterzogen.

Von der so gewonnenen theoretischen Grundlage aus prüfen wir das Vorhandensein der zur gewohnheitsrechtlichen Anerkennung des richterlichen Prüfungsrechts notwendigen Voraussetzungen.

Die Rechtsprechung der Höchsten Gerichte hat sich seit der Staatsumwälzung von 1918 grundlegend von der Ablehnung zur Annahme des Prüfungsrechts gewandelt. Schon vorher wurde allerdings das Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen — mit der Ausnahme der königlichen Verordnung in Preußen — und dem Landesrecht auf die Übereinstimmung mit dem Reichsrecht bejaht (letzteres auf Grund Art. 2 der alten Reichsverfassung). Für das Weimarer Staatsrecht interessiert daher in erster Linie die Stellungnahme zum Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen. Hierfür kommen folgende Urteile in Frage: RGZ. Bd. 102, S. 164 ff. „Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung die Gerichte für befugt erklärt, die formelle wie materielle Rechtmäßigkeit von Gesetzen und Verordnungen nachzuprüfen, soweit diese Nachprüfung nicht vom Gesetz ausgeschlossen ist." Die Behauptung einer ständigen Rechtsprechung war allerdings noch nicht zutreffend[64]) Das Urteil ist vielmehr erst der Ausgangspunkt eines neuen Gerichtsgebrauchs. Unzutreffend war ferner auch die 1924 erfolgte Äußerung des Reichsgerichtspräsidenten, „das Plenum der Zivilsenate habe am 22. Februar 1924 dem deutschen Richter das Recht der Prüfung aller Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit vindiziert", denn das angezogene Urteil befaßte sich nur mit einer Verordnung[65]). Die grundlegende Entscheidung für den nachfolgenden Gerichtsgebrauch hat das Reichsgericht im Jahre 1925 getroffen (RGZ. Bd. 111, S. 320 ff.), in der es sich um die Verfassungsmäßigkeit von Bestimmungen des Aufwertungsgesetzes handelte. Da die Gründe in diesem Zusammenhang, indem es sich nur um den Nachweis der Tatsache einer feststehenden Rechtsprechung han-

---

[64]) Vgl. W. Jellinek, Jur. Woch. 1925, S. 454/55.
[65]) DRZ. 1924, S. 419 ff.

delt, nicht interessieren, sei hier nur der die Entscheidung treffende Satz wiedergegeben (S. 322): „Da die Reichsverfassung selbst keine Vorschriften enthält, nach denen die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen den Gerichten entzogen und einer bestimmten anderen Stelle übertragen wäre, muß das Recht und die Pflicht des Richters, die Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen zu prüfen, anerkannt werden.“ Eine ähnliche Stellung hat schon vorher das Reichsmilitärversorgungsgericht (Bd. 4, S. 188/89 der Entscheidungssammlung) eingenommen, indem es ausführt: „Man würde der unabhängigen Stellung des Deutschen Richtertums nicht gerecht werden, wenn man es zwingen wollte, Gesetze anzuwenden, von denen es feststellbar oder gar festgestellt ist, daß sie im Widerspruch mit dem Grundgesetz des Reiches, der Reichsverfassung, stehen. Den Verfassungsbestimmungen und den durch sie geschützten Rechten würde praktisch auch gerade der ihnen zugedachte erhöhte Schutz und damit ihre Bedeutung genommen werden, wenn ein einfaches Gesetz sich über sie hinwegsetzen könnte, ohne richterliches Prüfungsrecht.“ Auch ein Urteil des Reichsfinanzhofs (Bd. 5, S. 339) interessiert in diesem Zusammenhang: „Will man auch das Recht und die Pflicht der Gerichte, — die von ihnen anzuwendenden Reichsgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen, anerkennen, so kann eine solche Prüfung doch nicht zur Verneinung der verbindlichen Kraft der genannten Reichsgesetze führen.“ Hieraus ist jedenfalls zu schließen, daß der Reichsfinanzhof die Zuständigkeit der Gerichte auch in einem praktischen Anwendungsfall bejahen würde. Die Einschränkung ist für uns bedeutungslos, da sie ja unser eigentliches Problem, das incidente Prüfungsrecht, nicht trifft. Wir sind ferner in der Lage, auf ein unveröffentlichtes Urteil des Dritten Strafsenats des Reichsgerichts vom 27. Oktober 1932 hinzuweisen, in dem es heißt: „Die Frage ob die Gerichte befugt sind, ein ordnungsmäßig verkündetes Reichsgesetz daraufhin nachzuprüfen, ob es mit den Bestimmungen der Reichsverfassung im Einklang steht, bejaht der erkennende Senat in Übereinstimmung mit dem Urteil RGZ. Bd. 111, 320/322. Die Nachprüfung beschränkt sich aber auf die Vorschriften, deren Anwendung in dem einzelnen Falle in Frage steht.“

Auch die höchsten Gerichte Preußens bejahen das richterliche Prüfungsrecht. Das Kammergericht äußert sich in einem Urteil (Preuß.Verw.Bl. 43. Jahrg. S. 130) dahin, daß die Gerichte ordnungsgemäß erlassene Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin nachprüfen könnten, und in einem anderen Urteil (Jur. Woch. 1921, S. 587) heißt es: „Vom allgemeinen Gesichtspunkt aus muß aus der unabhängigen Stellung des Richters und aus seiner selbstverständlichen Pflicht, nur gültige Rechtsvorschriften anzu-

wenden, seine Befugnis und zugleich seine Verpflichtung gefolgert werden, die Rechtsgültigkeit aller von ihm anzuwendenden Rechtsvorschriften, seien es Gesetze oder Verordnungen, zu prüfen." Das Preuß. Oberverwaltungsgericht vertritt (Jur. Woch. 1926, S. 892) die Auffassung, daß „dem richterlichen Prüfungsrechte und damit der Prüfungspflicht keine Schranken gesetzt" seien. Die höchstrichterliche Rechtsprechung anderer Länder hat in gleichem Sinne zu unserer Frage Stellung genommen, so das Bayerische Oberste Landesgericht (Jur. Woch. 1926, S. 903) und das Hamburgische Oberverwaltungsgericht (Jur. Woch. 1927, S. 1288).

Abschließend wollen wir noch das Urteil des Reichsgerichts im Reichstagsbrandstifterprozeß heranziehen, das deshalb eine besondere Herausstellung verdient, weil es dartut, daß der oben aufgewiesene Gerichtsgebrauch sich auch über den Beginn der deutschen Revolution hinaus fortgesetzt hat. In diesem Prozeß hat das Reichsgericht nämlich eine Prüfung der formellen und materiellen Verfassungsmäßigkeit der Notverordnung des Reichspräsidenten vom 28. Februar 1933 und des Reichsgesetzes vom 29. März 1933, das für eine Reihe von Verbrechen mit rückwirkender Kraft die Todesstrafe festsetzte, vorgenommen.

Wir glauben damit einen zur Gewohnheitsrechtsbildung ausreichenden Gerichtsgebrauch nachgewiesen zu haben. Zur allgemeinen Bedeutung der Zeitdauer ist im theoretischen Teil dieses Abschnitts schon Stellung genommen worden. Hinzuzufügen ist aber noch, daß auch hinsichtlich dieser Forderung unsere Materie einen besonderen Maßstab verlangt, denn die Gerichte kommen wohl nur verhältnismäßig selten in die Lage, die Verfassungswidrigkeit von Rechtsnormen feststellen oder an ihrer Verfassungsmäßigkeit Zweifel haben zu müssen. Die grundsätzlich richtige Forderung nach der zur Gewohnheitsrechtsbildung erforderlichen Häufung eines Vorgangs muß der aus seiner Natur folgenden Häufigkeit oder Seltenheit proportional sein. Es ist ferner aber auch darauf hinzuweisen, daß nur in den beiden Fällen, in denen der Richter entweder die Verfassungswidrigkeit feststellt oder doch wenigstens an der Verfassungsmäßigkeit erheblicheren Zweifel hat, die Vornahme einer Prüfung überhaupt erkennbar wird, da sie in den Fällen, in denen dem Richter die Verfassungsmäßigkeit von vornherein zweifelsfrei erscheint, im Urteil und in den Gründen keinen Ausdruck zu finden pflegt. Dessen ungeachtet ist anzunehmen, daß er sie in allen diesen Fällen von der einmal erfolgten Bildung seiner das Prüfungsrecht bejahenden Überzeugung ab vorgenommen hat. Die Kontinuität der Rechtsprechung eines Gerichts kann also auch auf die Urteile ausgedehnt werden, in denen nicht vom Prüfungsrecht gesprochen wird, bis sich etwa die Meinung des Gerichts zu diesem Gegenstand ändert.

Zu der weiteren Voraussetzung der Rechtsüberzeugung der Gesetzgebungsgewalt kann zum theoretischen Ergebnis nicht viel hinzugefügt werden. Es ist lediglich darauf hinzuweisen, daß die Gesetzgebung zur Frage bisher geschwiegen hat, obwohl keine außerhalb ihrer selbst liegenden Umstände — und nur solchen könnte Bedeutung zugemessen werden — ersichtlich sind, die diese Haltung anders als im billigenden Sinne zu verstehen erfordern könnten. Den Entwürfen[66]), die Interna der Reichsgesetzgebungsgewalt geblieben sind, kann, wie theoretisch ermittelt wurde, keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden.

Wir kommen daher für die Frage nach dem Bestehen eines richterlichen Prüfungsrechts nach Reichsrecht – unbeschadet einer noch dem IV. Teil vorbehaltenen Untersuchung darüber, ob diese Lösung auch noch der mit der deutschen Revolution eingeleiteten staatsrechtlichen Entwicklung standhält — zu folgendem Ergebnis: Dem Weimarer Verfassungsrecht läßt sich nur soviel entnehmen, daß es jedenfalls das Prüfungsrecht nicht ausgeschlossen hat. Es hat sich aber in seinem Geltungsbereich eine richterliche Prüfungsbefugnis im Wege des Gewohnheitsrechts herausgebildet[67]).

H. Das Prüfungsrecht und die teleologische Rechtsfindung.

Ehe wir das angenommene Prüfungsrecht auf seine Gestaltung im Einzelnen untersuchen, wollen wir uns, teils des vollständigen Überblicks über die einschlägige Literatur halber, teils zur Stützung unseres Ergebnisses, endlich aber auch, um jede Möglichkeit einer Rechtsquelle für ein richterliches Prüfungsrecht untersucht zu haben, noch einer Untersuchungsweise zuwenden, die man als die juristisch-politische Methode zu bezeichnen pflegt.

Ihre Behandlung an dieser Stelle der Arbeit rechtfertigt sich aus der Rangordnung der Rechtsquellen. Da sie mit einer „allgemeinen Interessenabwägung", also mit teleologisch bestimmten Erwägungen, arbeitet, ist sie die ultima ratio der Rechtsfindung. Erst wenn das Satzungs- und Gewohnheitsrecht keinen Aufschluß geben, kann sie eine selbständige Bedeutung als Rechts-

[66]) Entwurf eines Gesetzes über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts. Reichstag, 3. Wahlperiode Nr. 2855. Ein weiterer Entwurf unter gleichem Titel. Reichstag, 4. Wahlperiode Nr. 382.

[67]) Auch Walz scheint eine gewohnheitsrechtliche Regelung des Prüfungsrechts anzunehmen, wenn er – Staatsrecht, S. 377 — sagt: „Heute ist die Frage durch die Praxis des Reichsgerichts zugunsten der Anerkennung des richterlichen Prüfungsrechts entschieden." Da er jedoch diese normative Kraft der reichsgerichtlichen Rechtsprechung nicht näher begründet, ist es auch möglich, daß er der Gruppe zuzurechnen ist, die diese Entscheidung als eine politische gewertet wissen will.

quelle gewinnen[68]). Allerdings ist auch diese subsidiäre Bedeutung nicht unbestritten. Sie muß aber zufolge dem unbestreitbaren Satz, daß eine Entscheidung nicht mit der Begründung, es sei kein Rechtssatz vorhanden, abgelehnt werden darf, anerkannt werden, wie sie sich auch in anderen Disziplinen, in denen das praktische Rechtsbedürfnis ein Ausweichen vor einer Entscheidung unmöglich macht, eher hat durchsetzen können.

Als der Wegbereiter dieser Methode im Staatsrecht hat Thoma[69]) zu gelten. Ihr folgen ferner Triepel[70]), Bühler[71]), Morstein Marx[72]) und Radbruch[73]). Gemeinsames Merkmal dieser Schriftsteller ist allerdings nur die Methode, die bei den einen zur Bejahung, bei den anderen zur Verneinung des Prüfungsrechts führt. (Einzelne Argumentationen aus diesem Zusammenhang finden wir übrigens auch bei anderen Autoren, dann jedoch nur als stützende Erwägungen für ein auf anderem Wege gefundenes Ergebnis.

Wir wollen versuchen, unabhängig von den einzelnen Darstellungen die allgemein gültigen Voraussetzungen dieses Untersuchungsweges herauszustellen, die den Beweisführungen, soweit nicht ausgesprochenermaßen so doch logisch notwendig zu Grunde liegen.

Grundlegende Voraussetzung ist die Richtigkeit der Auffassung, daß verfassungswidrige Rechtsnormen nichtig seien; denn trifft dies nicht zu, so hat es keine Berechtigung, nach der Notwendigkeit eines Prüfungsrechts zu fragen, von welcher Frage juristisch-politische Erwägungen ja ausgehen. Wir können jedoch die Richtigkeit dieser These im Anschluß an Gierke[74]), Kelsen[75]), Gerber[76]) und Adamovich[77]) annehmen, ohne uns allerdings die Auffassung zu eigen zu machen, daß damit bereits eine Begründung des Prüfungsrechts vorliege, weil die Frage der Zuständigkeit noch durchaus offen bleibt[78]). Aber verfassungswidrige Gesetze stellen sich nicht, wie ihnen zuzugeben ist, als Rechtssetzung des Staates dar, beim Staats- oder Verwaltungsakt mag anderes gelten. Die Voraussetzungen der Gültigkeit legislativer Akte sind durch zwingende Verfassungsrechtsätze festgelegt. Ein Verstoß

---

68) Vgl. hierzu die Bemerkung in der Einleitung, S. 2.
69) Arch. öff. R., Bd. 43, S. 267 ff.
70) Arch. öff. R., Bd. 39, S. 536.
71) DJZ. 1921, Sp. 581.
72) Variationen.
73) Die Justiz, Bd. 1, S. 12 ff.
74) Schmollers Jahrbuch 1883, S. 1187.
75) Grünhuts Zeitschr., Bd. 45, S. 80 ff.
76) Zeitschr. f. Ostrecht III, S. 1 ff.
77) Die Prüfung, S. 1 ff.
78) Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 196.

gegen sie hat daher Nichtigkeit zur Folge, die gleichbedeutend ist mit Nichtanwendbarkeit.

Als weitere Voraussetzung ergibt sich die These, daß der Verfassung gegenüber den einfachen Gesetzen ein höherer Rang zuzumessen sei, denn sonst würde der Satz von der Nichtigkeit verfassungswidriger Rechtsnormen durch den Satz: „lex posterior derogat legi priori“ überwunden werden. Letztere Meinung vertritt auch Hatschek[79]. Dem ist aber nicht beizupflichten. Richtig erscheint uns die Auffassung Carl Schmitts[80], daß die Verfassung die „grundlegende Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit“ sei. Eine besondere Berechtigung gewinnt diese Definition in einem demokratischen Staatswesen von der Art der Weimarer Republik, in dem die Verfassung die einzige Legitimation der staatlichen Herrschaft bedeutet. Ferner legt die Verfassung sich auch selbst eine erhöhte Bedeutung dadurch bei, daß sie Änderungen ihres Bestandes nur unter gegenüber der einfachen Gesetzgebung erschwerten Voraussetzungen zuläßt. Die Tatsache allein, daß Verfassungs- und einfacher Gesetzgeber – von dem Fall besonderer Ermächtigungen abgesehen — identisch seien, ist nicht geeignet, das Gegenteil zu erweisen. Überdies ist diese Behauptung auch nicht ganz zutreffend. Sie erscheint eigentlich nur verständlich in Verbindung mit der Vorstellung des Gesetzgebers und Verfassungsgesetzgebers als je einer physischen Person. Es handelt sich jedoch im normalen Gesetzgebungsverfahren der Reichsverfassung bei diesen beiden Faktoren immer um Körperschaften, für die nicht ohne weiteres die gleichen Identitätsvorstellungen gelten. Diese Körperschaften stellen sich bei ihren Handlungen durch eine jeweils verschiedene Mehrheit dar. Der Wille der jeweiligen Mehrheit ist der Wille der Körperschaft. Die Willensbildung ist aber der für ihr Wesen entscheidende Gesichtspunkt. Von ihr sind u. E. auch die Identitätsvorstellungen abhängig zu machen. Daß die Identität der totalen Körperschaft bei einfacher und Verfassungsgesetzgebung gewahrt bleibt, ist unwichtig gegenüber der Tatsache, daß die zu beiden Formen der Gesetzgebung erforderlichen Mehrheiten von vornherein ein als ihrem Umfang nach verschieden festgelegt sind. Auch äußere Erscheinungen deuten den besonderen Charakter der Verfassung an, so die auf sie vorgenommene Vereidigung und etwaiger besonderer strafrechtlicher Schutz.

Endlich muß die juristisch-politische Methode davon ausgehen, ob das Staatsgrundgesetz in der Lage ist, sich selbst zu schützen, und muß verneinenden Falles eine Abwägung der mit dem richterlichen Prüfungsrecht verbundenen Vor- und Nachteile vornehmen.

---

[79]) Deutsch. u. preuß. Staatsrecht, Bd. 1, S. 28.
[80]) Verfassungslehre, S. 23.

Hier teilen sich die Meinungen der Anhänger dieser Methode. Thoma und Radbruch gelangen zur Ablehnung, Morstein Marx, Triepel und Bühler zur Annahme des Prüfungsrechts[81]).

Die folgenden Erwägungen sind allerdings nach dem gegenwärtigen Stand der staatsrechtlichen Entwicklung von keiner aktuellen Bedeutung. Immerhin können sie doch in einer umfassenden Darstellung des Prüfungsrechtsproblems nicht entbehrt werden.

Thoma[82]) bejaht die von ihm aufgeworfene Frage, „ob im neuen (d. h. Weimarer, d. Verf.) Verfassungsrecht hinreichend starke und zuverlässige Bürgschaften dafür geschaffen sind, daß die mit höherer Weihe bekleideten Sätze der Verfassungsurkunden weder auf Umwegen noch geradezu durch einfache Parlamentsmehrheiten über den Haufen geworfen werden." Diese Bürgschaften sollen liegen einmal im Verhältniswahlrecht und in den Interessenverbänden, welche Institutionen Verfassungsverletzungen größeren Ausmaßes zu verhindern geeignet wären, zum andern in den der Parlamentsmehrheit von der Verfassung entgegengesetzten Gegengewichten, wie dem Recht der Minderheit, Aussetzung zu verlangen, Mitwirkung des Reichsrats und vor allem des Reichspräsidenten. Auch Radbruch[83]) glaubt, daß genügend Sicherungen gegen Verfassungsverletzungen nennenswerter Art in das Gesetzgebungsverfahren eingebaut seien. Beide Schriftsteller weisen weiter daraufhin, daß das Prüfungsrecht eine Gefährdung der Rechtssicherheit mit sich bringe.

Richtiger sind aber wohl die Argumentationen, die auf diesem Boden zur Annahme des Prüfungsrechts kommen[84]).

Wir wollen uns in Anbetracht der nicht mehr aktuellen Bedeutung der Untersuchungen auf zwei Gesichtspunkte beschränken, die aber auch ausreichen dürften, die These von einem lückenlosen Selbstschutz — und gerade die Lückenlosigkeit muß in diesen Erwägungen als die entscheidende Forderung aufgestellt werden — der Weimarer Verfassung zu widerlegen. Es besteht zunächst die Möglichkeit, daß die Gesetzgebungsfaktoren (Reichstagsmehrheit, Reichsrat, Reichspräsident) sämtlich ein verfassungswidriges Gesetz passieren lassen. Dieser Fall liegt im Weimarer Parteienstaat sogar nahe, weil die Parteien doch trotz aller rechtlichen Sicherungen tatsächlich regelmäßiger Weise einen recht weitgehenden Einfluß auf diese Faktoren ausüben, mit der Folge, daß politische Motive bei der Entschlußfassung eine größere Rolle spielen als rechtliche; und in der Tat dürfte die Weimarer Republik

---

[81]) Vgl. die Anmerkungen 69–73.
[82]) Arch. öff. R., Bd. 43, S. 275.
[83]) Die Justiz, Bd. 1, S. 12 ff.
[84]) Vgl. S. 25, 2. Absatz dieser Arbeit.

vor diesem Fall in der Zeit des fanatischsten Parteienkampfes lediglich durch die überragende und eben außergewöhnliche Persönlichkeit ihres zweiten Präsidenten geschützt worden sein. Hierzu muß noch bemerkt werden, daß ja der dem heutigen Staatsdenken vielleicht geläufige Einwand, daß es übertriebenen Formalismus bedeuten würde, angesichts solcher Einmütigkeit der Gesetzgebungsfaktoren noch von Verfassungswidrigkeit zu reden, vom Staatsgedanken der Reichsverfassung aus — dem des liberalen Rechtsstaates — nicht erhoben werden kann; denn die Grundforderung dieses Staatsgedankens ist die nach peinlicher und formaler Rechtmäßigkeit allen staatlichen Handelns. Der Staat soll restlos im Recht stehen. Von dem grundlegenden Staatsgedanken aber dürfen sich auch teleologische Lösungsversuche eines staatsrechtlichen Problems nicht entfernen.

Es bleibt zweitens aber durchaus denkbar, daß eine Verfassungsverletzung unbemerkt die einzelnen Gesetzgebungsstadien durchläuft, und daß ein Anwendungsfall des Gesetzes auftritt, ehe gesetzgebungsseits eine Korrektur vorgenommen wurde.

Ein lückenloser Selbstschutz der Verfassung ergibt sich also nicht, wenn man, was aber gerade das Wesen einer teleologischen Methode ausmacht, weniger von einem juristischen und rechtsstaatlich idealisierten Verständnis der Verfassung ausgeht, als vielmehr die realen politischen Grundlagen der Funktionsweise der Gesetzgebungsfaktoren zu gewinnen sucht.

Von den Gründen, die vom Standpunkt dieser Methode gegen das Prüfungsrecht geltend gemacht werden, besitzt einiges Gewicht nur der der Rechtsunsicherheit. Jedoch ist dieses Bedenken nicht durchschlagend. Von einer „grenzenlosen Rechtsunsicherheit" kann schon deswegen nicht die Rede sein, weil die Fälle verfassungswidriger Rechtsnormen doch immerhin eine Ausnahme darstellen. Innerhalb gewisser Grenzen wird aber eine Rechtsunsicherheit, weil unvermeidbar, allerorts im Rechtsleben in Kauf genommen, wie die alltäglichen Fälle verschiedener Auslegung von Rechtsvorschriften durch die Gerichte beweisen. Auch ist ja das Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen — und noch länger gegenüber Verordnungen — bereits praktisch, ohne daß bisher eine nennenswerte Rechtsunsicherheit zu Tage getreten wäre. Diesem Bedenken wird übrigens außer von Triepel[85]) auch von Thoma[86]) als Gegner des Prüfungsrechts kein ausschlaggebendes Gewicht beigelegt.

Das Ergebnis einer juristisch-politischen Untersuchung der Prüfungsrechtsfrage für das Recht der Reichsverfassung wäre

[85]) Arch. öff. R., Bd. 39, S. 357.
[86]) Arch. öff. R., Bd. 43, S. 275, Anm. 7.

demnach: Eine Interessenabwägung führt zur Notwendigkeit der Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsnormen durch den Richter. Sie stützt also das im vorigen Abschnitt auf anderem Wege gefundene Ergebnis.

Inwieweit der juristisch-politische Weg heute noch gangbar ist und zu welchem Ende er führt, wird im IV. Teil noch gestreift werden. Es sei hier lediglich noch darauf hingewiesen, daß die in diesem Abschnitt zu Grunde gelegte Art der Gesetzgebung der Form nach auch heute noch möglich ist, da das „Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich"[87]) die vereinfachte Gesetzgebung durch die Reichsregierung lediglich neben das alte Verfahren stellt[88]). Allerdings werden die Anwendungsfälle sehr selten sein. Auch werden sich in Anbetracht der grundlegenden Wandlung der politischen Grundlagen wie des Staatsgedankens nicht mehr die gleichen Schlüsse ziehen lassen.

2. Die Gestaltung des Prüfungsrechts im Einzelnen.

Wir haben, da die Verfassung die Prüfungsrechtsfrage nun einmal offen gelassen hat, zunächst bewußt unsere Untersuchungen verallgemeinert und nach Anhaltspunkten gesucht, die die Annahme einer Prüfungsbefugnis überhaupt rechtfertigen konnten. Es bedarf mithin noch einer theoretischen Darstellung der Intensität und des Umfangs des Prüfungsrechts, wie es sich unserem Ergebnis zu II 1 G zufolge herausgebildet hat.

Es umfaßt sowohl alle Erfordernisse eines verfassungsmäßigen Zustandekommens, also die formelle, wie auch die sachliche Übereinstimmung einer Rechtsnorm mit dem Verfassungsrecht, also die materielle Seite, denn diese Ausdehnung hat, wie wir gezeigt haben, die die Grundlage der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung bildende feststehende Rechtssprechung in Anspruch genommen.

Der Prüfung unterliegen die Rechtsnormen aller Art: also Gesetze, Rechtsverordnungen, Not (Ausnahme) verordnungen, Verwaltungsverordnungen, Gewohnheitsrecht. Eine besondere Würdigung der dem Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen gewidmeten Literatur erscheint entbehrlich, da nach Annahme der Prüfungsbefugnis gegenüber Gesetzen die gegenüber Verordnungen, als Rechtsnormen minderen Ranges, notwendiger Weise zu bejahen ist.

Lediglich bei den sogen. Notverordnungen nach Art. 48 Abs. 2 RV. kann sich noch eine Besonderheit bieten, nämlich mit der Frage, inwieweit auch die in diese Bestimmung aufgenommenen

---

87) Ermächtigungsgesetz, Reichsgesetz vom 24. März 1933 Reichsgesetzblatt I, S. 141.

88) Der Reichsrat ist allerdings in Fortfall gekommen. Reichsgesetz vom 14. Februar 1934, RGBl. I, S. 89.

tatsächlichen Voraussetzungen Gegenstand der Nachprüfung sind. Das Reichsgericht hat in RGSt. Bd. 59, S. 45 in dieser Frage dahin entschieden, daß der Richter nur festzustellen habe, „ob die Anordnungen nach ihrer Art die öffentliche Sicherheit und Ordnung berühren und nach ihrer Art geeignet sein können, zur Wiederherstellung dieser zu dienen", daß hingegen die Frage, ob die öffentliche Sicherheit in der Tat erheblich gestört oder gefährdet war, in die Prüfung nicht einzubeziehen sei. In gleichem Sinne entscheiden die Urteile: RGSt. Bd. 57, S. 384, Bd. 58, S. 271, Bd. 65, S. 364 und noch andere, ebenso das Reichsversorgungsgericht (Jur. Woch. 1930, S. 2739) und der Reichsfinanzhof (DJZ. 1932, S. 299). Es kann also die gewohnheitsrechtliche Lösung auch dieses Teilproblems angenommen werden. Es ist dem Reichsgericht aber auch aus juristisch-politischen Erwägungen, die für diese Frage auch dort angewandt werden, wo man sich ihrer sonst nicht bedient, beizupflichten.

Wann eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit vorliegt, ist dem Ermessen der Regierung zu überlassen. Es handelt sich hierbei um eine politische Entscheidung, die dem Richter höchstens kraft ausdrücklicher Ermächtigung aber grundsätzlich nicht, und auch nicht der richterlichen Gewalt als Institution und Teil des staatlichen Funktionensystems, zusteht, wie wir ja auch der Ansicht nicht gefolgt sind, die Frage des Prüfungsrechts als kraft einer politischen Entscheidung der Rechtsprechung gelöst anzusehen. Schwerer noch wiegt allerdings im Rahmen teleologischer Erörterungen der praktische Gesichtspunkt, daß der Richter gar nicht den zur Beurteilung dieser Frage nötigen Überblick gewinnen kann. Sie steht im Zusammenhang mit einer Fülle von Vorgängen, die nur in zentraler politischer Instanz genügend und richtig beurteilt werden können, mögen sie politischer oder wirtschaftlicher Art sein.

Auszunehmen von richterlicher Nachprüfung ist also die Frage, ob eine erhebliche Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Falle einer Ausnahmeverordnung nach Art. 48 Abs. 2 vorgelegen hat[89])[90]). Das Ermessen der Regierung ist allerdings insoweit zu begrenzen, daß zu verlangen ist, daß im Falle einer Ausnahmeverordnung eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung wenigstens überhaupt in Frage kommen kann. Wirkung der Prüfung bei Feststellung

---

[89]) Art. 48 Abs. 2 ist auch nach Ergehen des Ermächtigungsgesetzes noch angewandt worden, vgl. Verordnung des Reichspräsidenten zur Vereinfachung des Erlasses von Ausführungsvorschriften vom 30. März 1933, RGBl. I, S. 147.

[90]) Eine gleiche Ausnahme ist für die Entscheidung über „Gefahr im Verzuge" (Art. 48, Abs. 4) zu machen.

der Verfassungswidrigkeit ist, entsprechend unserem Ergebnis zu I 5, Versagung der Anwendung der Norm im konkreten Fall.

III. Teil: Das richterliche Prüfungsrecht nach Landesrecht (auf der Grundlage der nach 1918 ergangenen Landesverfassungen).

Vorbemerkung:

Ehe wir unser Problem im Landesrecht weiter verfolgen, muß zunächst festgestellt werden, daß die von uns angenommene gewohnheitsrechtliche Regelung den gesamten Bereich des deutschen Staatsrechts ergreift, da sie in dem zu II 2 gezeigten Umfange dem deutschen Richter schlechthin die Befugnis gewährt, die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen zu prüfen. Entgegenstehendes Landesrecht wäre gemäß Art. 13 Abs. 1, dem zufolge Reichsrecht jeden Ranges Landesrecht jeden Ranges bricht, hinfällig; ebenso aber auch älteres übereinstimmendes, da ja auch der inhaltsgleiche jüngere Rechtssatz dem älteren vorgeht. Nicht getroffen von dieser Regelung kann allenfalls das Prüfungsrecht gegenüber Landesnormen auf ihre Übereinstimmung mit der Landesverfassung sein. Denn es kann fraglich erscheinen, ob, da dieses Prüfungsrecht zu regeln ausschließlich Sache der Landesgesetzgebung wäre, und infolgedessen eine reichsrechtliche Regelung sich als (reichs-) verfassungsändernd darstellte, reichsgewohnheitsrechtlichen Normen auch reichsverfassungsändernde Kraft zukommen kann[91]). Die letzte Entwicklung im Weimarer Staat, insbesondere die außerordentlich weitgehende Gesetzgebung nach Art. 48 Abs. 2 RV., hätten wohl zu einer Bejahung dieser Frage neigen lassen können. Sie soll aber ihrer rein theoretischen Bedeutung wegen hier nicht endgültig entschieden werden. Daraus ergäbe sich also zunächst für diesen Teil eine Beschränkung des Problems auf die Prüfung von Landesnorm auf die Übereinstimmung mit der Landesverfassung.

Aber auch mit dieser Beschränkung — und das wäre als Zweites vorauszuschicken — wird unserer Untersuchung nur noch geschichtliche Bedeutung zukommen. Denn durch die jüngste staatsrechtliche Entwicklung, die vom „Vorläufigen Gleichschaltungsgesetz"[92]) über das „Zweite Gleichschaltungs- (Reichsstatthalter-) gesetz[93]) zum „Gesetz über den Neuaufbau des Reichs"[94]) führt, ist der Charakter der Länder als Staaten endgültig besei-

---

[91]) Diese Erörterungen gewinnen Bedeutung im Hinblick auf § 72 der Bayerischen Verfassung.
[92]) Reichsgesetz vom 31. 3. 1933, RGBl. I, S. 153.
[93]) Reichsgesetz vom 7. 4. 1933, RGBl. I, S. 173.
[94]) Reichsgesetz vom 30. 1. 1934, RGBl. I, S. 75.

tigt worden. Sie üben ihre Herrschaft nicht mehr kraft eigenen Rechts, sondern nur noch kraft Auftrags des Reichs aus[95]). Zudem ist auch die Organisation und die Funktionsweise ihres staatlichen Apparates so weitgehend umgestaltet worden, daß mit der in den Landesverfassungen vorgesehenen kaum noch auch nur ein Zusammenhang besteht[96]). Aus diesen beiden Tatsachen folgt, daß die Landesverfassungen weder in materieller noch in formeller Hinsicht noch Merkmal der Rechtmäßigkeit von Normen sein können. (Im übrigen dürfte auch für die Zukunft der Begriff „Landesrecht" problematisch geworden sein und nur mehr, soweit er die regionale Begrenzung bezeichnen will, zu Recht gebraucht werden können, nicht aber mehr, soweit er, wie bisher üblich, die Herkunft des Rechtssatzes aus einzelstaatlicher Rechtsquelle bezeichnen will. Denn auch „Landesrecht" wird künftig „im Namen und im Auftrag des Reichs" geschaffen und nicht mehr kraft eigenen Rechts der Länder). Damit ist freilich nur festgestellt, daß ein bisher gültiges Kriterium des Prüfungsrechts in Fortfall gekommen ist, und es ist noch nichts gegen den Bestand des Prüfungsrechts selbst gesagt, dem ja sehr wohl neue Kriterien gesetzt sein können. Aber — und das ist das für die Untersuchung dieses Teiles entscheidende — was auch an neuen Merkmalen in Frage kommen kann[97]), besteht doch nicht von Landes, sondern von Reichs wegen.

Wenn demnach auch einer Untersuchung des Prüfungsrechts im Rahmen des Landesrechts aktuelle Bedeutung nicht mehr zukommt, so muß sie doch um der vollständigen Darstellung des Problems willen geführt werden, insbesondere, weil ja auch, wie in der Einleitung bemerkt, wenigstens die jüngere Geschichte des Problems einbegriffen werden soll.

1. Die Länder ohne ausdrückliche Regelung des Prüfungsrechts.

Ebenso wie in der Reichsverfassung fehlt auch in den meisten Landesverfassungen eine Bestimmung, die eindeutig und unmittelbar Geltung oder Ausschluß des Prüfungsrechts festlegte. Dies trifft zunächst für Preußen zu, wenngleich diese Behauptung der

[95]) Art. 2 Abs. 1 Neuaufbauges. i. Verb. m. § 1 Verordnung über den Neuaufbau des Reichs vom 2. 2. 1934, RGBl. I, S. 81.

[96]) Hierher gehören: Abschaffung der Volksvertretung (Art. 1 Neuaufbauges.), dazu z. B. in Preußen: Abschaffung des Staatsrats, Schaffung eines neuen Organs gleichen Namens aber anderer Entstehungsweise, Arbeitsweise und Funktion, Ernennung des Min.=Präs. von Reichs wegen, Beseitigung der kollegialen Organisationsform des Staatsministeriums . .

[97]) Etwa die leitenden Grundsätze des Nationalsozialismus. Näheres zu dieser Möglichkeit im IV. Teil.

Artikel 60 und 61[98]) der Preußischen Verfassung wegen sehr umstritten ist. Diese Bestimmungen lauten:

Art. 60: „Das Staatsministerium verkündet in der preußischen Gesetzsammlung die verfassungsmäßig zustandegekommenen Gesetze und die vom Landtage genehmigten Staatsverträge."

Art. 61 Abs. 1: „Ein Gesetz ist verbindlich, wenn es verfassungsmäßig zustandegekommen und vom Staatsministerium in der vorgeschriebenen Form verkündet worden ist. Bei der Verkündung muß ausgesprochen sein, daß das Gesetz vom Landtag oder durch Volksentscheid beschlossen worden ist. Art. 13 der Reichsverfassung wird hierdurch nicht berührt."

An diese Bestimmungen haben Anhänger wie Gegner des Prüfungsrechts angeknüpft. Waldecker[99]) bringt neben Erwägungen entstehungsgeschichtlicher und allgemein-staatsrechtlicher Art die Tatsache vor, daß die preußische anders als die Reichsverfassung gewisse, die Entstehung eines Gesetzes betreffende Vorgänge selbst regele und die Regelung nicht dem Landtag überlasse. Art. 21 behalte die Regelung der Beschlußfähigkeit des Landtages nicht der internen Geschäftsordnung des Parlaments vor, sondern ordne sie von verfassungswegen an, „ohne an anderer Stelle irgendwie auch nur anzudeuten, es solle sich dennoch nur um ein internum des Landtages handeln[100])[101])". Ein weiteres Beweismittel sieht er darin, daß die Verfassung unter bestimmten Voraussetzungen von „gültigen" (Art. 30) unter anderen von „hinfälligen" (Art. 42 Abs. 3) Landtagsbeschlüssen spreche und ferner den Begriff „rechtswirksam" aufstelle (Art. 6 Abs. 2, 4 und Art. 62). Dies lasse erkennen, daß die Verfassung ein formelles — nicht ein materielles Prüfungsrecht gewähren wolle.

Diese Beweisführung ist aber nicht durchschlagend. Denn sie tut im Grunde nicht mehr dar, als daß eine Rechtsnorm, die einem verfassungsrechtlich gesetzten Kriterium nicht standhält, der Nichtigkeit verfällt. Diese Frage ist aber noch nicht die des Prüfungsrechts. Es ist vielmehr, worauf Stier-Somlo hinweist, „eine andere Frage, ob und welche Folgerungen aus der Nichtigkeit der trotz der Beschlußunfähigkeit gefaßten Beschlüsse gezogen werden können"[102]). Diese Fragestellung bleibt auch dann zutreffend, wenn man statt der Beschlußunfähigkeit ein anderes Kriterium einsetzen will. Es erscheint merkwürdig, daß Stier-Somlo trotz Aufwerfens dieser Frage auf Grund der Nichtigkeit verfassungs-

---

[98]) Die beiden Artikel wurden durch § 1, Nr. 3, § 5 des 2. Gleichsch.-Gesetzes außer Kraft gesetzt.

[99]) Die Verfassung d. Freist. Preuß., S. 135.

[100]) Als solches hätte es sich nach II. M. der Nachprüfung durch den Richter entzogen.

[101]) Die Verfassung d. Freist. Preußen, S. 136.

[102]) Die preußische Verfassung, S. 120.

widriger Rechtsnormen aus Artikel 61 das Prüfungsrecht folgern will[103]). Denn ein Argument für eben diese Folgerung führt er nicht an. Gegen Waldecker ist auch Art. 60 anzuführen, denn die dort dem Staatsministerium zugewiesene Verkündung der „verfassungsmäßig zustandegekommenen" Gesetze hat eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit zur Voraussetzung, und wenn auch, wie Waldecker[104]) zuzugeben ist, bei dieser Prüfung „von einer authentischen Feststellung des verfassungsmäßigen Zustandekommens nicht die Rede sein kann", so ist doch aus Art. 61 nicht zu entnehmen, daß eine solche authentische Feststellung einer anderen Instanz zugewiesen werde. Die Worte des Art. 61 „verfassungsmäßig zustandegekommen" haben daher im Hinblick auf Art. 60 keine sachliche Berechtigung und Bedeutung[105]).

Eine andere Gruppe von Schriftstellern sucht mit Art. 61 den Ausschluß jedenfalls des vollen Prüfungsrechts zu beweisen. Hierher sind Arndt[106]), Bornhak[107]), Hatschek[108]), Huber[109]) und Vogels[110]) zu rechnen. Die Beweisführungen ähneln sich, soweit überhaupt Beweis angetreten wird, stark. Sie kommen meist zu dem Ergebnis, daß Gegenstand der richterlichen Prüfung nur die Verkündung und die Tatsache des Beschlusses durch Landtag oder Volksentscheid sei. Sie können jedoch nicht überzeugen. Wenn Vogels z. B. den Ausschluß des Prüfungsrechts aus der „materiellen Verbindlichkeit des Gesetzes" folgert, und dann den Nachweis der Voraussetzung dieser Verbindlichkeit mit der Behauptung zu erbringen sucht, Art. 61 Abs. 1 stelle fest, „daß die Verbindlichkeit schon eintritt, wenn das Gesetz durch Volksentscheid oder vom Landtag beschlossen und in der vorgeschriebenen Form verkündet ist", so ist dieser Nachweis keineswegs geglückt. Denn Art. 61 Abs. 1 Satz 1 enthält statt der von Vogels gebrauchten eindeutigen Bezeichnung „vom Landtag . . . . beschlossen" den eben weit weniger klaren Ausdruck „verfassungsmäßig zustandegekommen." Die Formulierung Vogels enthält erst Satz 2, aber nur mit dem Inhalt einer Anweisung an das Staatsministerium, was es nach seiner Prüfung bei der Verkündung auszusprechen habe. Die Folgerung aber, daß diese Prüfung authentisch sein solle, zieht Vogels nicht.

Man kommt wohl vom Standpunkt dieser Schriftsteller nicht an der Folgerung vorbei, daß es im Sinne der Verfassung liegen könnte, ein verfassungswidriges Gesetz gültig sein zu lassen.

---

[103]) Arch. öff. R., Bd. 42, S. 190.
[104]) Die Verfassung d. Freist. Preußen, S. 129 und 135.
[105]) Vgl. hierzu Schack: Arch. öff. R., Bd. 41, S. 169, Anm. 26.
[106]) Die preußische Verfassung, S. 106 ff.
[107]) Die preußische Verfassung, S. 52.
[108]) Das preußische Verfassungsrecht, S. 283.
[109]) Die preußische Verfassung, S. 127.
[110]) Die preußische Verfassung, S. 135/36.

Die Art. 60 und 61 der Preußischen Verfassung haben also keinen sicheren Anhaltspunkt gewährt, das Prüfungsrecht anzunehmen oder abzulehnen, wie auch Thoma[111]) und Schack[112]) betonen.

Über diese Untersuchungen hinaus hat es auch für das Preußische Recht nicht an Versuchen gefehlt, das Problem auf den gleichen Wegen zu lösen, die auch bei der Forschung nach dem Prüfungsrecht im Reichsrecht beschritten worden sind, indem man ebenfalls den Grundsatz der Unabhängigkeit des Richters, das Prinzip der Gewaltenteilung, der die Frage einer besonderen verfassunggebenden Gewalt und endlich auch die Entstehungsgeschichte und das Schweigen der Verfassung herangezogen hat. Soweit die Unabhängigkeit des Richters und die Mittel der allgemeinen Staatslehre in Frage stehen, können wir auf die dem Reichsrecht gewidmete Untersuchung bezugnehmen. Auf die beiden restlichen Möglichkeiten kann verzichtet werden, da sie für sich allein nur Anhaltspunkte von sehr geringer Bedeutung ergeben.

Gelöst ist indessen das Problem auch für Preußen im gewohnheitsrechtlichen Wege, und zwar, wenn man die Erfassung auch des Prüfungsrechts gegenüber Landesrecht auf die Übereinstimmung mit der Landesverfassung durch das Reichsgewohnheitsrecht ablehnen will, durch preußisches Gewohnheitsrecht. Dabei ist die theoretische Konstruktion genau die gleiche, wie sie für das Reichsrecht gefunden wurde, und die notwendige, das Prüfungsrecht in Anspruch nehmende Rechtsprechung ist dort ebenfalls mit nachgewiesen.

Auch die teleologische Rechtsfindung führt im Rahmen des Staatsrechts der preußischen Verfassung zur Bejahung des Prüfungsrecht. Denn für die preußische kann noch weniger als für die Reichsverfassung ein lückenloser Selbstschutz angenommen werden. In dem in ihr vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren fehlt zunächst ein mit der Unabhängigkeit des Reichspräsidenten ausgestatteter Faktor. Das Preußen der Verfassung von 1920 ist ein restlos parlamentarischer Staat. Das Recht der Landtagsminderheit, Aussetzung zu verlangen, fehlt. Bedeutung erhält die Minderheit erst, wenn der Landtagsbeschluß den Einspruch des (früheren) Staatsrats erfahren haben sollte. Dann kann die Mehrheit sich nur noch über den von ihr herbeizuführenden Volksentscheid durchsetzen, was erfahrungsgemäß allerdings schwierig ist. Allein der — schon für das Reichsrecht angezogene — Fall, daß alle Gesetzgebungsfaktoren aus politischen Motiven ein verfassungswidriges Gesetz passieren lassen, ist hier genau so möglich, ja, liegt noch näher. Denn, wenn Landtagsmehrheit und Staatsrat den gleichen Standpunkt einnehmen, was häufig der Fall sein wird,

---

[111]) Arch. öff. R., Bd. 43, S. 283, Anm. 11.
[112]) Arch. öff. R., Bd. 41, S. 109.

kann das Staatsministerium zufolge des bislang bestehenden Grundsatzes des Parlamentarismus (Art. 57 Pr.V.)[113]) nur unter der Gefahr seines Sturzes dem Gesetz ein letztes Hemmnis in den Weg legen, indem es Gegenzeichnung oder Verkündung verweigert. Die Verkündung wird also im allgemeinen erfolgen, denn die für den Ministerpräsidenten rettende Möglichkeit der Landtagsauflösung ist in dem Normalfall, daß Landtags- und Staatsratspräsident der gleichen Mehrheit angehören, die das verfassungswidrige Gesetz beschließt, verschlossen. Die von Thoma[114]) herangezogene Tätigkeit des Staatsgerichtshofes gemäß Art. 19 RV. bietet auch keine zuverlässige Garantie, denn sie erfaßt nicht die Fälle, in denen vorhandene bloße Zweifel eben nicht zur „Streitigkeit“ erhoben werden. Der Kläger, ohne den kein Richter ist, kann diesen Weg aus mancherlei politischen Gründen nicht gehen wollen, wie er auch die Verfassungsverletzung nicht erkannt haben kann.

Die Gestaltung des Prüfungsrechts im Einzelnen entspricht genau der des reichsrechtlichen. Sie bedarf also keiner besonderen Erörterung mehr. Es bleibt lediglich noch zu sagen, daß für die Nachprüfung der tatsächlichen materiellen Voraussetzungen des Art. 55, die gleiche Ausnahme zu machen ist, wie für die entsprechenden Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 2 RV. D. h.: die Frage, „ob die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit oder die Befestigung eines ungewöhnlichen Notstandes es dringend erfordert hat“, die Notverordnung zu erlassen, ist der richterlichen Nachprüfung entzogen. Für dieses Teilproblem soll allerdings eine gewohnheitsrechtliche Entscheidung nicht behauptet werden, denn es ist in dieser Frage ein Gegensatz zwischen Reichsgericht und Preuß. Oberverwaltungsgericht auf der einen und dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich auf der anderen Seite entstanden. RG. (RGZ., Bd. 111, S. 292) und Pr. OVG. (OVG., Bd. 80, S. 36) haben sich gegen, der Staatsgerichtshof (RGZ., Bd. 121, Anh. S. 28) für die Prüfung dieser Voraussetzungen ausgesprochen. Der StGH. macht aber auch immerhin die Einschränkung, daß „bei der Nachprüfung dieses Punktes dem Ermessen der Regierung ein gewisser Spielraum zu belassen sei.“ Das Reichsgericht ist in dem erwähnten Urteil allerdings offensichtlich einem Irrtum, der nicht näher erörtert werden soll, zum Opfer gefallen. Trotzdem aber ist sein Standpunkt aus den entsprechenden juristisch-politischen Erwägungen, die bereits bei der Behandlung des Art. 48 Abs. 2 RV. vorgetragen wurden, als der richtige anzusehen. Es kann also nur geprüft werden, ob vernünftiger Weise

---

113) Beseitigt wurde der Parlamentarismus durch § 4 des Zweiten Gleichschaltungsgesetzes.

114) Arch. öff. R., Bd. 43, S. 281 ff.

der Gesichtspunkt der öffentlichen Sicherheit und Ordnung überhaupt in Betracht gezogen werden konnte.

Gleich der preußischen enthalten auch die Verfassungen der anderen wichtigeren Länder — mit Ausnahme der unten behandelten bayerischen — keine Bestimmung, aus der sich eine Regelung der Prüfungsrechtsfrage auch nur mit einiger Sicherheit entnehmen ließe[115]). Es trifft dies zu für Sachsen, Württemberg, Baden, Hessen und Thüringen. In der sächsischen Verfassung finden wir als einzige Bestimmung, die an unser Problem wenigstens anklingt, den Art. 39: „Das Gesamtministerium hat die verfassungsmäßig beschlossenen Gesetze auszufertigen und zu verkünden." Sie entspricht dem Art. 60 der preuß. Verfassung und ist zu einer Lösung ebenso ungeeignet wie dieser, um so mehr, als eine dem Art. 61 entsprechende Vorschrift fehlt. Auch durch die Einrichtung eines Staatsgerichtshofes zur Schlichtung von Verfassungsstreitigkeiten, wie sie z. B. § 54 der Thüringischen Verfassung vorsieht, wird keine Entscheidung getroffen, da hier die gleichen Bedenken zutreffen, wie sie auch gegenüber der Tätigkeit des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich gem. Art. 19 RV. geäußert werden mußten[116]).

Es bleibt also auch hier nur die Möglichkeit, eine Lösung des Problems außerhalb der Verfassungen zu suchen. Der Nachweis von Landesgewohnheitsrecht wird für diese Länder mangels ausreichender Rechtsprechung kaum zu führen sein[117]), wenngleich wohl angenommen werden kann, daß auch hier die Rechtsprechung den gleichen Weg gehen wird wie im Reich und in Preußen. Denn ein Ausschluß des Prüfungsrechts durch die Verfassungen liegt ja nicht vor, und daher ist es, nachdem die deutsche Rechtsprechung die Prüfung einmal für sich in Anspruch genommen hat, schließlich gleichgültig, in welchem innerdeutschen staatsrechtlichen Rahmen das Problem auftritt, zumal auch keine Urteile vorhanden sein dürften, aus denen hervorginge, daß etwa die Gerichte in diesen Ländern die Prüfung n i c h t für sich in Anspruch nähmen. Davon aber abgesehen, muß auch hier die Geltung des Prüfungs-

[115]) Lediglich zwei, aber nicht zu den wichtigeren gehörige Länder besitzen das Prüfungsrecht unmittelbar betreffende Vorschriften. Oldenburg und Schaumburg-Lippe haben durch § 36 Abs. 3 bzw. § 47 ihrer Verfassungen das richterliche Prüfungsrecht ausgeschlossen.

[116]) Vgl. S. 35 dieser Arbeit.

[117]) Verfasser hat nur in Sachsen und Thüringen Urteile der Oberlandesgerichte auffinden können, die sich mit dem Prüfungsrecht befassen. Sie treffen jedoch entweder nur den Gegensatz Landesrecht — Reichsrecht, oder beziehen sich nur auf Verordnungen. Vgl. Urt. d. OLG. Dresden vom 30. 7. 1919 (39), 22. 12. 26. (211) und 25. 3. 31. (345). Urt. d. OLG. Jena vom 11 2. 1925. (292) und 6. 7. 28. (62/63). Die geklammerten Zahlen bedeuten die Seite im Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt. Der Jahrgang ist jeweils der des Urteils).

rechts aus juristisch-politischen Gründen angenommen werden, denn ein lückenloser Selbstschutz der Verfassungen trifft auch für diese Länder nicht zu. Dies im Einzelnen nachzuweisen, erscheint entbehrlich, zumal die Untersuchung keine aktuelle Bedeutung mehr hat. Es genügt, auf die teleologischen Erörterungen im Rahmen des Reichs- und preußischen Staatsrechts und auf die analoge Konstruktion der deutschen Landesverfassungen zu verweisen.

2. Die Regelung des Prüfungsrechts durch § 72 der bayerischen Verfassung vom 14. August 1919.

Bayern ist das einzige deutsche Land, in dem — abgesehen von dem Ausschluß in Oldenburg und Schaumburg-Lippe — die Frage des Prüfungsrechts durch die Verfassung gelöst ist. §72 lautet: „Die mit der Rechtspflege betrauten Behörden prüfen bei ihren Entscheidungen, ob ein anzuwendendes Gesetz nicht mit einer Bestimmung der Verfassung des Deutschen Reichs, dieser Verfassung oder einem andern Verfassungsgesetz im Widerspruch steht." Diese eingehende Regelung bedarf einer Auslegung in größerem Umfange nicht. Immerhin bleibt zunächst zu sagen, daß sie ein Prüfungsrecht im vollen Sinne gewährt. Zwar könnte man, dem Wortlaute folgend, eine Sanktion nur der materiellen Prüfung annehmen. Es ist aber wohl, wie Nawiasky[118]) betont, eine freiere Auslegung am Platze. Man muß annehmen, daß dort, wo ein materielles Prüfungsrecht, als das weitergehende, gewährt ist, auch ein formelles, als das geringere, gegeben ist. Ferner weist Nawiasky a. a. O. auf ein aus § 76 Abs. 1 zu gewinnendes argumentum e contrario hin: „Wenn dort für einen ganz bestimmten Fall die Endgültigkeit der Entscheidung des Landtages über die Zulässigkeit und Rechtsgültigkeit der Volksbegehren bestimmt ist, so folgt daraus, daß im übrigen eine Nachprüfung der Formalien der Gesetzgebung offen steht." Auch Anschütz[119]) nimmt ein volles Prüfungsrecht an. Zweifel an der Prüfungsbefugnis gegenüber den Rechtsnormen minderen Ranges würden durch ein argumentum a maiore ad minus beseitigt werden.

Alsdann ist es notwendig, den Umfang der materiellen Prüfung herauszustellen. Anschütz hat ihn erschöpfend wie folgt herausgestellt: „Der Richter darf und soll prüfen, ob ein Widerspruch vorliegt:

a) zwischen dem von ihm anzuwendenden bayerischen Gesetz und der bayerischen Verfassung,

b) zwischen dem bayerischen Gesetz und der Reichsverfassung,

---

[118]) Bayerisches Verfassungsrecht, S. 274.
[119]) Verw. Arch., Bd. 30, S. 347.

c) zwischen dem Reichsgesetz und der bayerischen Verfassung,
d) zwischen dem Reichsgesetz und der Reichsverfassung"[120]).

Allerdings gehört, wie er auch selbst bemerkt, Fall c. in Wahrheit zu der zu d. genannten Kategorie. Ob die bayerische Verfassung einem Reichsgesetz widerspricht, ist für die Gültigkeit des Reichsgesetzes belanglos, denn zufolge Art. 13 RV. vermag es auch Landesverfassungsrecht zu brechen. Seine Gültigkeit kann höchstens dadurch in Zweifel gerückt werden, daß es, ohne als verfassungsänderndes ergangen zu sein, eine nicht reichsrechtlicher Kompetenz unterliegende Materie geregelt hat[121]). Damit handelt es sich aber um einen der zu d. genannten Fälle eines Widerspruchs zwischen Reichsverfassung und Reichsgesetz.

Die Wirkung der Prüfung ist, wie sich aus der Vorschrift ersehen läßt, Nichtanwendung der verfassungswidrigen Bestimmung im konkreten Fall. Damit dürfte die Auslegung des § 72 BV. erschöpft sein.

Indessen ist seine Wirksamkeit, auch wenn man den ursprünglich nach der Weimarer Verfassung zwischen Reich und Ländern bestehenden Rechtszustand zugrundelegt, jedenfalls insoweit in Zweifel zu ziehen, als er die Prüfung der Übereinstimmung von Reichsgesetz und Reichsverfassung normieren will. (Die Regelung des Prüfungsrechts bezüglich der Übereinstimmung von Landesgesetz und Landesverfassung war zweifellos Landessache[122])[123])).

Nawiasky hat die volle Wirksamkeit des § 72 behauptet[124]). Er geht dabei davon aus, „daß bei Ausführung von Bundesgesetzen durch Gliedstaatsorgane der Auftrag zu dieser Tätigkeit regelmäßig nicht vom Bund, sondern von den Gliedern ausgehe," wobei er auf seinen Nachweis in seinem Buch: „Der Bundesstaat als Rechtsbegriff" S. 55 ff. verweist. Daraus folgert er weiter, „daß der Gliedstaat seine Organe auch ausdrücklich anweisen kann, vor der Ausübung ihrer Vollzugstätigkeit zu prüfen, ob denn der Fall dieser Tätigkeit überhaupt gegeben ist, m. a. W., ob ein (gültiges) Bundesgesetz vorliege." Er setzt allerdings voraus, „daß kein Reichsverfassungsrechtssatz das Gegenteil positiv anordnet." Dieser Ausgangspunkt ist, wie auch Anschütz[125]) meint, schon im Hinblick auf Art. 14 RV. nicht haltbar. Aber auch die letztgenannte Voraussetzung Nawiaskys ist nicht weit genug

---

120) Am selben Ort.
121) Der Fall kann nach dem heutigen Rechtszustand nicht mehr eintreten.
122) Vgl. dazu: Nawiasky, Bayerisches Verfassungsrecht, S. 374 und
123) Anschütz, Verw. Arch., Bd. 30, S. 346 ff.
124) Vgl. Anm. 122.
125) Verw. Arch., Bd. 30, S. 346 ff.

gefaßt. Gewiß ist keine Reichsverfassungsvorschrift vorhanden etwa des Inhaltes: Ein richterliches Prüfungsrecht ist ausgeschlossen. Diesen Sinn verbindet Anschütz mit den Worten: „Das Gegenteil anordnen." Auch kennt die Weimarer Verfassung keinen Satz, der eine Regelung der Nachprüfung von Reichsgesetzen ausdrücklich der Landeskompetenz entzöge. Diesen Sinn könnten die Worte Nawiaskys wohl auch haben. Wir können auch Anschütz nicht zugeben, daß der Ausschluß des Prüfungsrechts aus den Art. 70, 76 und 102 RV. folge, wie in anderen Zusammenhängen dargetan wurde, ebensowenig wie Nawiasky, daß es kraft allgemeiner Erörterungen der von ihm vorgetragenen Art auch ohne den § 72 BV. gelte. Aber soviel ist an den Ausführungen von Anschütz jedenfalls richtig, daß die Zuständigkeit des Reichs zwingend aus Gründen folgt, die „in der Natur der Sache liegen." Ein wörtlicher Ausschluß der Landeskompetenz ist nicht zu verlangen. Auch ohne ihn erhellt die Unrichtigkeit des Nawiaskyschen Standpunktes aus der Verfassung. Sucht man nach einer materiellen Kategorie, durch die die Zuständigkeit zur Regelung des Prüfungsrechts gegenüber Reichsgesetzen erfaßt würde, so kann dies nur die Kategorie „Reichsgesetzgebung" sein. Diese ist es aber auch sicher, denn die Reichsgesetzgebung erschöpft sich nicht im Schaffen der Rechtsnormen als solcher, sondern bestimmt auch ihre Wirkungen gegenüber jedermann. Zu ihr gehört nicht nur, wie Anschütz sagt, „der Weg der Gesetzgebung", sondern auch alles, „was sich auf die Kraft und die Wirkungen der Reichsgesetze bezieht." Die Reichsgesetzgebung ist aber notwendigerweise ausschließlich Sache des Reichs, wenn dies auch nicht ausdrücklich gesagt wird, denn es ist unvorstellbar, daß einer Gewalt, die in der Lage ist, allgemeinverbindliche Rechtsnormen zu schaffen, was gemäß der RV. für die Reichsgewalt gegenüber den Ländern gilt, nicht auch die ausschließliche Bestimmung darüber zustehen sollte, ob und von wem eine Feststellung dieser Allgemeinverbindlichkeit vorgenommen werden kann. Die Zuständigkeit, Rechtsnormen zu schaffen, und die Zuständigkeit, die Überprüfung dieser Rechtsnormen zu regeln, gehören nicht erst juristisch, sondern schon logisch in die Hand derselben Gesetzgebungsgewalt.

In dieser Hinsicht ist also § 72 BV. zu keiner Zeit wirksam gewesen. Neben Anschütz haben diese Anschauung auch Radbruch und Thoma vertreten[126])[127]).

Damit ist die Darstellung des Problems in den wichtigeren unter den früheren deutschen Staaten abgeschlossen, und in der

[126]) Radbruch: Die Justiz, Bd. 1, S. 13.
[127]) Thoma: Arch. öff. R. NF., Bd. 4, S. 284.

Darstellung des Gesamtproblems sind wir nunmehr bis zur deutschen Revolution vorgerückt.

IV. Teil: Das richterliche Prüfungsrecht und der nationalsozialistische Staat.

Das Ergebnis unserer bisherigen Untersuchung läßt sich in zwei Sätzen zusammenfassen:

1. Das richterliche Prüfungsrecht hat im Weimarer Staat im Wege der Gewohnheit eine rechtliche Grundlage gefunden.
2. Es hat sich unter den rechtlichen und politischen Voraussetzungen dieses Staates auch als zweckmäßig und notwendig, als teleologisch gerechtfertigt, erwiesen.

Daraus ergibt sich – wie bereits in der Einleitung angedeutet — die grundlegende Fragestellung dieses Teils: Ist das richterliche Prüfungsrecht im Zuge der mit dem 30. Januar 1933 einsetzenden staatsrechtlichen Entwicklung aufgehoben worden? Nicht also ist es unsere Frage, ob aus dem gegenwärtigen verfassungsrechtlichen Zustand als solchem eine Prüfungsbefugnis anzunehmen oder abzulehnen wäre. Mit anderen Worten: Nicht die Hypothese, sondern die wirkliche rechtliche Geltung des Prüfungsrechts muß nunmehr Ausgangspunkt der Untersuchung sein.

Mit dieser Fragestellung stimmt auch Münz[128]) überein, indem er ausführt: „Auch von den Verneinern (des Prüfungsrechts — d. Verf.) wird zugegeben, daß die eigentliche Frage jetzt nicht mehr die der Zulassung des Prüfungsrechts de lege lata, sondern sondern vielmehr die der Einschränkung desselben de lege ferenda ist"[129]).

Gehen wir nun an die Lösung dieser Frage heran, so ist zunächst festzustellen, daß eine ausdrückliche — will sagen: wörtliche — Aufhebung des Prüfungsrechts nicht zu ersehen ist. Es gibt in unserem jüngsten Verfassungsrecht keine Bestimmung, die es unmittelbar beträfe.

Es könnte aber weiter auch ohne eine solche Bestimmung entfallen sein, wenn es etwa im Widerspruch zu den inzwischen zur Geltung gekommenen leitenden Grundsätzen unseres staatlichen Lebens stehen sollte. Zu diesen Grundsätzen werden nach einer verbreiteten Meinung seit dem Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat"[130]), das in seinem § 1 die Eigen-

---

[128]) Münz, Fehler des Gesetzgeb. Verfahrens, S. 11.

[129]) Münz nimmt übrigens auch den gleichen Geltungsgrund des Prüfungsrechts an, a. a. O., S. 10: „Die Frage des Prüfungsrechts ist praktisch durch die Rechtsprechung der obersten Gerichte entschieden." Allerdings fehlt Begründung.

[130]) Reichsgesetz vom 1. 12. 1933, RGBl. I, S. 1016.

schaft der NSDAP. als Trägerin des Staatsgedankens gesetzlich verankert, die für staatliche Funktionen in Frage kommenden Thesen des Nationalsozialismus schlechthin gerechnet, also auch insoweit, als sie noch nicht durch staatliche Rechtsetzungsakte im Einzelnen erfaßt sein sollten.

Diese Auffassung dürfte zu weit gehen, da das nationalsozialistische Gedankengut schrittweise gesetzlich verwirklicht wird. Wir wollen aber diese Meinung doch in den Kreis der Untersuchung einbeziehen.

An der Spitze dieser leitenden Grundsätze steht im neuen Staat das Führerprinzip, als der Fundamentalsatz, aus dem sich nahezu die gesamte Umgestaltung der staatlichen Organisations- und Funktionsformen ableiten läßt, und in dem auch die Theorie des totalen Staates ihren Angelpunkt findet. Es bedeutet: Alle politischen Entscheidungen werden in ausschließlicher und persönlicher Verantwortung des Führers getroffen. Es gilt für die größte politische Einheit, den Staat selbst, wie für alle in ihm vorhandenen kleineren Einheiten. Eine politische Entscheidung ist auch das Gesetz als Äußerung des Staatswillens. Gesetze entstehen mithin kraft Führerwillens.

(In Preußen wurde dieser Gedanke bis zur letzten Konsequenz der Gesetzgebung durch den Ministerpräsidenten durchgeführt. Im Reich besteht de iure noch eine Beschränkung insofern, als Gesetze durch Beschluß der Reichsregierung oder des Reichstages zustandekommen. Praktisch dürfte das aber der Geltung des Führerprinzips auch für die Reichsgesetzgebung kaum im Wege stehen). Nun liegt es nahe, aus dem Führerprinzip den Ausschluß des Prüfungsrechts zu folgern, wenn man es soweit ausdehnen will, daß der Führer auch jegliche materielle Schranke seiner Gesetzgebung von Fall zu Fall selbst zu bestimmen habe. Rein theoretisch gesehen dürfte dies auch zu einer restlosen Durchführung des Gedankens gehören. Allerdings würde dies nichts an der Verpflichtung des Führers auf die Grundsätze des Nationalsozialismus ändern, eine Bindung würde mithin auch für ihn vorhanden sein. Aber über die Innehaltung — und das wäre das hier entscheidende — würde nur er selbst zu befinden haben.

Diesen Schluß wirklich zu ziehen, muß aber als verfrüht gelten, denn er hieße, mit theoretischen Erörterungen der Rechtsetzung des Staates vorgreifen. Zwar werten wir das Führerprinzip durchaus bereits als Staatsgrundsatz. Seine Auswirkung im Einzelnen bedarf aber staatlicher Bestimmung. Das ist schließlich nur ein Ausfluß des Gedankens selbst. Auch wird eine neue Verfassung sicher Schranken der Gesetzgebung enthalten, und es ist immerhin vorstellbar, daß die Entscheidung über die Innehaltung solcher Schranken nicht ausschließlich vom Führer

in Anspruch genommen wird, zumal die Notwendigkeit hierzu umso geringer wird, je mehr die Verpflichtung des gesamten Volkes auf den neuen Staatsgedanken fortschreitet.

Auch aus der Theorie des totalen Staates folgt u. E. noch kein Ausschluß des Prüfungsrechts, ganz abgesehen davon, daß eine einheitliche Theorie kaum schon vorhanden sein dürfte. Zunächst gibt der Begriff, wenn wir seinem Schöpfer Carl Schmitt[131]) folgen wollen, keinen Aufschluß. Denn seine Definition: „Der totale Staat ist ein Staat, in dem alle Lebenskräfte und alle Lebensgüter der Einzelnen dauernd und vollständig in den Dienst der politischen Einheit gestellt sind" berührt unser Problem nicht. Von den Folgerungen, die aus der Totalität des Staates gezogen worden sind, kann die der Einheit der Staatsfunktionen[132]) zu unserer Frage in Beziehung gesetzt werden. Allein, die Behauptung, daß es eine Gewaltenteilung nicht mehr geben könne, fördert die Erörterung über das Prüfungsrecht ebensowenig wie vordem die Behauptung, daß es aus dem — geltenden — Gewaltenteilungsprinzip folge. Da dieses Prinzip nach unserer Anschauung nicht Geltungsgrund des Prüfungsrechts war, kann nun aus seiner Beseitigung nicht der Ausschluß der Prüfungsbefugnis gefolgert werden.

Damit glauben wir die Möglichkeiten erschöpft zu haben, aus denen sich eine Beseitigung des richterlichen Prüfungsrechts hätte herleiten lassen können. Das Ergebnis unserer Untersuchung läßt sich in die gleichen Worte kleiden, die auch Münz[133]) gebraucht, ohne allerdings dazu eine Begründung zu geben:

„Auch die neueste verfassungsrechtliche Entwicklung hat das richterliche Prüfungsrecht, bisher wenigstens, nicht beseitigt"[134]).

In weiterem Umfange ist die Prüfungsrechtsfrage seit der nationalsozialistischen Revolution offenbar noch nicht wieder zur Diskussion gestellt worden. Die Meinung der auf diesem Gebiet führenden Schriftsteller ist also z. Zt. nicht erkenntlich. Soviel wird sich aber doch sagen lassen: Einen Weg, das Prüfungsrecht aus dem jetzt geltenden verfassungsrechtlichen Zustand etwa erst zu begründen, gibt es nicht mehr. Weder die logisch-juristische noch die juristisch-politische Methode würden heute noch zu diesem Ziel führen. Die erste Untersuchungsweise, die sich ja u. E. schon unter den Voraussetzungen des Weimarer Staates als un-

[131]) Der Hüter der Verfassung, S. 78 ff.

[132]) Vgl. Huber, Die Totalität des völkischen Staates, „Die Tat", April 1934, S. 30 ff.

[133]) Fehler des Gesetzgebungsverfahrens, S. 11.

[134]) Das Münzsche Buch ist im Dezember 1933 abgeschlossen worden.

zureichend erwiesen hat, hat durch die neueste Entwicklung an Anknüpfungspunkten höchstens eingebüßt, und teleologische Gedankengänge führen vom Boden des neuen Staatsrechts, vor allem aber auch des neuen Staatsgedankens, dem die Verfassung nicht mehr die eigentliche Legitimation der staatlichen Herrschaft bedeutet, womit die These ihrer Unverletzlichkeit problematisch wird, nicht mehr zur Notwendigkeit einer richterlichen Prüfungsbefugnis.

Daraus dürfte folgen, daß die einzige Problematik[135]), die das Prüfungsrecht heute noch bieten kann, die hier zu Grund gelegte, nämlich seiner Aufhebung, ist, wobei vorauszusetzen ist, das es gewohnheitsrechtlich zur Geltung gekommen ist. Außerhalb dieser Grenzen kann die Frage heute nicht mehr aufgerollt werden.

Die Auffassung, daß die Aufhebung heute schon vollzogen sei, erscheint uns, wie oben dargelegt, nicht gerechtfertigt. Es ist aber angesichts des neuen Staatsrechts noch die weitere, wenn auch sekundäre, Frage aufzuwerfen, ob gegenwärtig für die Anwendung des Prüfungsrechts noch Raum bleibt, m. a. W., ob Kriterien für die Prüfung vorhanden sind, und welche das sind.

Der Umfang der Anwendung wird zunächst schon dadurch beschränkt, daß zwei Anwendungsfälle in Fortfall gekommen sind: Prüfung der Übereinstimmung zwischen Landesrecht und Landesverfassung (vgl. S. 31) und zwischen Landesrecht und Reichsrecht, denn „Landesrecht" entsteht heute im Namen und nur mit Zustimmung des Reichs[136]), ist also der Herkunft nach Reichsrecht. Somit käme eine Anwendung des Prüfungsrechts nur noch für Reichsnormen in Frage.

Wie wir in Teil I, Ziff. 1 (S. 3) festgestellt haben, ist Inhalt des Prüfungsrechtsbegriffs die Prüfung der Wahrung verfassungsrechtlicher Vorschriften als dem Kriterium der Rechtmäßigkeit und Existenz von Rechtsnormen. Dieses Kriterium war bis zur deutschen Revolution zweifelsfrei die Weimarer Verfassung. Heute ist sie das nicht mehr. Denn: Jedes Reichsgesetz, das heute im vereinfachten Gesetzgebungsverfahren ergeht, kann sich ohne Gefahr für seine Gültigkeit mit ihr in Widerspruch setzen. Es folgt dies jeweils entweder schon aus dem „Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich", das ja verfassungsändernde Gesetzgebung, von der institutionellen Garantie für Reichstag und Reichsrat und dem Schutz der Rechte des Reichspräsidenten

---

[135]) Mit Ausnahme der des nächsten Absatzes, die aber nicht die Existenz betrifft.

[136]) Erste Verordnung über den Neuaufbau des Reichs, RGBl. 1934 I, S. 81, §§ 1, 2.

abgesehen, bereits zuläßt, oder aber aus Art. 4 des „Gesetzes über den Neuaufbau des Reichs": „Die Reichsregierung kann neues Verfassungsrecht setzen." Das gilt praktisch auch für den — seltenen — Fall der Gesetzgebung durch den Reichstag. Denn zufolge des Einparteisystems, das ja staatsrechtlich sanktioniert ist[137]) wird immer nicht nur die in Art. 76 RV. geforderte ⅔-Mehrheit, sondern Einstimmigkeit vorhanden sein, ganz abgesehen von Zweifeln, die am Fortbestand letztgenannter Bestimmung aufkommen können. Der Fall aber, daß vom Reichstag nur mit einfacher Mehrheit ein der Reichsverfassung widersprechendes Gesetz beschlossen würde, dürfte eine so rein theoretische Möglichkeit bedeuten, daß er wohl nicht näher ins Auge gefaßt zu werden braucht.

Daraus folgt, daß die in letzter Zeit lebhaft erörterte Frage, ob die Weimarer Verfassung formell noch in Geltung sei, ob sie ganz oder nur teilweise außer Kraft gesetzt sei, für das Prüfungsrechtsproblem ohne Belang ist. Denn: Der Fortbestand der RV. ist für die Existenz des Prüfungsrechts ohne Bedeutung, weil die Verfassung nicht sein Geltungsgrund ist oder war, und für seine Anwendung ist er deshalb belanglos, weil, wie aus dem oben Gesagten klar hervorgehen dürfte, nach dem gegenwärtigen verfassungsrechtlichen Zustand der Fall eines unerlaubten Widerspruches zwischen einem Reichsgesetz und der Reichsverfassung nicht mehr praktisch werden kann, sie mithin mit Sicherheit als Kriterium nicht mehr in Frage kommt. — Der Streit kann deshalb, so interessant er sein mag, hier als nicht zur Sache gehörig auch nicht erörtert werden.

Es fragt sich weiter, ob sonstige Verfassungsrechtssätze vorhanden sind, auf deren Innehaltung sich das Prüfungsrecht erstrecken könnte. Hierfür kommt zunächst das schon vorhandene neue Verfassungsrecht in Frage. Dies würde allerdings nur Maßstäbe für ein formelles Prüfungsrecht abgeben, und auch dieses würde infolge der Einfachheit des Gesetzgebungsverfahrens von sehr beschränktem Umfange sein. Immerhin käme beispielsweise das Vorliegen eines Beschlusses der Reichsregierung oder des Reichstags als Gegenstand der Prüfung in Betracht[138]). Ein neues materielles Verfassungsrecht, materiell in dem Sinne, daß es nicht das Gesetzgebungsverfahren oder die Organisation des Staatsapparates beträfe, besitzen wir noch nicht, mithin auch keine neuen materiellen Kriterien des Prüfungsrechts verfassungsrechtlicher Art.

---

[137]) Vgl. „Gesetz gegen die Neubildung von Parteien" vom 14. 7. 1933, RGBl. I, S. 479.

[138]) Neben Ausfertigung und Verkündung.

Es bliebe aber in Erwägung zu ziehen, ob nicht die Grundsätze des Nationalsozialismus materielle Merkmale abgeben könnten, um ein Beispiel zu haben, der Satz: Gemeinnutz geht vor Eigennutz. Um die Untersuchung möglichst umfassend zu gestalten, wollen wir einmal der Meinung folgen (vgl. S. 41), daß die Tatsache, daß dieser Satz noch nicht zum Inhalt eines formellen Rechtssatzes gemacht wurde (von einer eventuellen Möglichkeit, seine Geltung bereits aus früheren Rechtssätzen zu konstruieren, soll abgesehen werden), ihn noch nicht als Kriterium ausschließt, nachdem die NSDAP. gesetzlich zur Trägerin des Staatsgedankens erklärt worden ist. Der Gedanke könnte vielleicht auch eine Anlehnung in der Auffassung Carl Schmitts[139]) finden, daß „für die Anwendung und Handhabung der Generalklauseln (die sich, wie er vorher bemerkt, heute auf allen Gebieten des Rechtslebens durchsetzten) die Grundsätze des Nationalsozialismus unmittelbar und ausschließlich maßgebend" seien.

Indessen folgt die mangelnde Eignung dieser Grundsätze als materielle Merkmale des Prüfungsrechts aus der Struktur des Nationalsozialismus selbst. Zwar besteht auch für den Führer durchaus eine Bindung an diese Leitsätze, die ja auch im Parteiprogramm ausgesprochen ist, aber es folgt, wie schon in anderem Zusammenhang erwähnt, aus der restlosen Durchführung des Führerprinzips, daß der Führer allein über die Frage zu entscheiden hat, welche Maßnahmen ohne ihre Verletzung getroffen werden können. Das ist ebensogut nationalsozialistischer Grundsatz wie die oben erwähnten Prinzipien. Es kann also nicht im Sinne des Nationalsozialismus liegen, daß diese Führerentscheidung, was infolge der Personalunion zwischen Parteiführer und Reichskanzler der Fall sein würde, von Stellen des Staatsapparates einer ihren Bestand in Frage stellenden Prüfung unterzogen wird. — Darin liegt kein Widerspruch zu der Behauptung, daß das Prüfungsrecht als solches nicht beseitigt sei. Es folgt vielmehr nur, daß das Prüfungsrecht nicht die Frage ergreifen kann, was an der Reichsgesetzgebung nationalsozialistisch sei und was nicht.

Es ergibt sich somit keine Anwendungsmöglichkeit des Prüfungsrechts in materieller Hinsicht.

Damit dürfte über das richterliche Prüfungsrecht und den nationalsozialistischen Staat das wesentliche gesagt sein. Inwieweit über diese Frage andere Meinungen herrschen, ist zur Zeit nicht ersichtlich. Denn so viel auch über den neuen Staat geschrie-

---

[139]) „Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis", Deutsches Recht, Nr. 7. 15. Dezember 1933), auch Jur. Woch. 1933, Heft 50.

ben sein mag, der alte Streit über das Prüfungsrecht scheint über den großen Problemen, die unsere Zeit aufgeworfen hat, in Vergessenheit geraten zu sein.

Unser Ergebnis lautet: *Das richterliche Prüfungsrecht besteht bisher de iure fort. Seine Anwendungsmöglichkeiten sind aber gegenwärtig auf ein Minimum in formeller Hinsicht beschränkt.*

Lebenslauf.

Am 20. Dezember 1911 wurde ich zu Kassel als Sohn des damaligen kgl. pr. Oberleutnants Bruno Freiherr von Brackel und seiner Ehefrau Emma, geb. v. Kintzel, geboren.

Ich besuchte das Wilhelmsgymnasium zu Kassel und das Staatliche Gymnasium Johanneum zu Liegnitz. Dort bestand ich Ostern 1929 die Reifeprüfung.

Alsdann studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Kiel, Breslau und Marburg und bestand am 25. Oktober 1933 vor dem Oberlandesgericht zu Kassel die erste juristische Staatsprüfung.

Am 18. Juli 1934 bestand ich vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät die mündliche Doktorprüfung.

Bruno Freiherr v. Brackel,
Referendar.